



HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

Cilt: 5 Sayı: 1 Yıl: 2022

e-ISSN: 2667-4076





HUKUK FAKÜLTESİ

**NECMETTİN ERBAKAN ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ
(NEÜHFD)**

YIL (YEAR): 2022

CİLT (VOLUME): 5 SAYI (ISSUE): 1

E-ISSN: 2667-4076

KONYA 2022

NECMETTİN ERBAKAN ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

NECMETTIN ERBAKAN UNIVERSITY FACULTY OF LAW REVIEW

Cilt/Volume: 5 Sayı/Number: 1 Yıl/Year: 2022

Sahibi / Owner

Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Adına

Prof. Dr. Nuran KOYUNCU

Baş Editör / Editor in Chief

Prof. Dr. Nuran KOYUNCU

Sayı Editörleri / Issue Editors

Arş. Grv. Bekir BOGA

Arş. Grv. Enes ERSÖZ

Arş. Grv. Muradiye ÇEVİKÇELİK

Arş. Grv. Kübra İmran DİLER

Arş. Grv. Abdurrahim ALTUN

Yabancı Dil Editörü / Foreign Language Editor

Arş. Grv. Begüm KAYA

Mizanpaj Editörü

Arş. Grv. Yasin YILMAZ

Yayın Türü / Publication Type

Yerel Süreli Yayın / National Periodical

Yayın Periyodu / Publication Period

Yılda iki kez (Haziran ve Aralık) yayımlanır/ Published bi-annual (June, December)

Yazışma Adresi / Correspondence Address

Aşkan Mahallesi, Yeni Meram Caddesi, Ahmet Keleşoğlu İlahiyat Fakültesi Binası B

Blok Zemin Kat, Meram/KONYA

Santral: +90 332 325 1063 - Fax: +90 332 325 27 43

E posta: konyahukukdergi@gmail.com & hfd@konya.edu.tr

İnternet adresi: <https://www.erbakan.edu.tr/hukukfak/sayfa/6622> &

<https://dergipark.org.tr/tr/pub/neuhfd>

Kısaltma

Dergiye yapılan atıflarda NEÜHFD kısaltması kullanılmalıdır.

E-ISSN: 2667-4076

Haziran 2022

İÇİNDEKİLER

ARAŞTIRMA MAKALELERİ

(RESEARCH ARTICLES)

| | | |
|--|------------|--|
| AİHM İçtihadı Ve 6111 Sayılı Kanun Işığında Siyasi Partilerin Mali Denetimi <i>Fatih GÜLER</i> | 1 | ECHR Case-Law and Law No. 6111 <i>Fatih GÜLER</i> |
| Vergisel Boyutuyla Ölüm Tazminatı <i>Erdem Utku ÇAKIR</i> | 16 | Death Compensation with its Tax Dimension <i>Erdem Utku ÇAKIR</i> |
| Danıştay Kararları Işığında İptal Davalarında Bir Dava Şartı Olarak Sübjektif Ehliyet: Menfaat İhlalinde Kişisellik Şartı <i>Murat Buğra TAHTALI</i> | 41 | Subjective Capacity to Sue as Action of Nullity Case in The Light of The Decisions of The Council: Personality Condition in Violation of Interest <i>Murat Buğra TAHTALI</i> |
| Tanzimat Sonrası Gayrimüslim Osmanlı Tebaasının Hukuki Durumu <i>Abdülazim İBRAHİM</i> | 63 | The Legal Status of Non-Muslim Ottoman Citizens After The Tanzimat <i>Abdülazim İBRAHİM</i> |
| Sinema Eserleri <i>Banu Bilge SARIHAN</i> | 92 | Cinematographic Works <i>Banu Bilge SARIHAN</i> |
| 20. Yüzyılın Başında Osmanlı Hukukçularının Avukatlık Mesleğine Bakışı <i>Belkıs KONAN</i> | 122 | Ottoman Lawyers' Looks on The Lawyer Profession in The Beginning of The 20th Century <i>Belkıs KONAN</i> |
| FIDIC Kırmızı Kitap Kapsamında İnşaat Sözleşmelerinde Süre Uzatımı <i>Eda ŞAHİN ŞENGÜL</i> | 140 | Extension of Time in Construction Contracts According to The FIDIC Red Book <i>Eda ŞAHİN ŞENGÜL</i> |

| | | |
|--|-----|---|
| Osmanlı Devleti'nde Gayrimüslimlerin Temel Hak ve Hürriyetleri Bağlamında Vakıf Kurma Hakkı | 161 | The Right to Establish a Foundation in The Context of The Fundamental Rights and Freedoms of Non-Muslims in the Ottoman State |
| <i>Sümeyye ULUSOY</i> | | <i>Sümeyye ULUSOY</i> |
| Milli Güvenlik Kavramı ve Kavramın Türkiye'de Hukuksallaşması Süreci | 183 | The Concept of National Security and The Legalization Process of The Concept in Turkey |
| <i>Uğur ARSLAN</i> | | <i>Uğur ARSLAN</i> |
| Egemenlik Kavramı ve Siyasi Düşünürler | 213 | The Concept of Sovereignty and Political Thinkers |
| <i>Mevlüt Alper KAYA</i> | | <i>Mevlüt Alper KAYA</i> |
| Hükümlü veya Tutuklunun Kaçması Suçu (Tck M. 292-293) | 236 | The Crime of Escape of a Convict or Detainee (Tpc Article 292-293) |
| <i>Murat AKSAN</i> | | <i>Murat AKSAN</i> |
| Limited Şirket Sözleşmesinde Zorunlu Kayıtların Düzenlenmesi | 302 | Regulation of Mandatory Clauses in the Articles of Association of Limited Liability Company |
| <i>M. Fatih CENGİL</i> | | <i>M. Fatih CENGİL</i> |
| FSEK Kapsamında Fotoğrafın Korunmasının Yargıtay Kararları Çerçevesinde İncelenmesi | 326 | An Investigation of The Protection of Photography Under The Law on Intellectual And Artistic Works in The Frame of Supreme Court Decisions |
| <i>Elif DİNLER</i> | | <i>Elif DİNLER</i> |

YAYIN KURULU/EDİTÖRİAL BOARD

Prof. Dr. Zekeriya MIZIRAK (Necmettin Erbakan Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi)
Prof. Dr. Ümit Süleyman ÜSTÜN (Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Doç. Dr. Ahmet AKMAN (Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Doç. Dr. Abdurrahman SAVAŞ (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Doç. Dr. Ahmet KILINÇ (Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Dr. Öğr. Üy. AYTEKİN ÇELİK (Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Dr. Öğr. Üy. Mehmet Onursal CİN (Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Dr. Öğr. Üy. Banu Bilge SARIHAN (Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

DANIŞMANLAR KURULU/ADVISORY BOARD

Prof. Dr. Abdulkadir BULUŞ (Necmettin Erbakan Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi)
Prof. Dr. Bahtiyar AKYILMAZ (Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Berrin AKBULUT (Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Bilal KUŞPINAR (Necmettin Erbakan Üniversitesi Sosyal ve Beşeri Bilimler Fakültesi)
Prof. Dr. Birol MERCAN (Necmettin Erbakan Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi)
Prof. Dr. Cemil KAYA (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Fethi GEDİKLİ (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Gül AKYILMAZ (Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Haluk Hadi SÜMER (Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. İbrahim Erol KOZAK (Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Mehmet ALTUNKAYA (Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. M. Fatih UŞAN (Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Murat ÇEMREK (Necmettin Erbakan Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi)
Prof. Dr. Mustafa Fadıl YILDIRIM (Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Orhan ÇEKER (Necmettin Erbakan Üniversitesi Ahmet Keleşoğlu İlahiyat Fakültesi)
Prof. Dr. Ömer ANAYURT (Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Önder KUTLU (Necmettin Erbakan Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi)
Prof. Dr. Yusuf KARAKOÇ (Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Mustafa Erdem CAN (Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Nezihe Binnur TULUKÇU (Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Mehmet Hanifi BAYRAM (Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Ali PASLI (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Emre ESEN (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Serkan AYAN (Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Doç. Dr. Sinan OKUR (Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Doç. Dr. Koray DOĞAN (Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Doç. Dr. Murat ŞİMŞEK (Necmettin Erbakan Üniversitesi Ahmet Keleşoğlu İlahiyat Fakültesi)
Doç. Dr. Oğuz Sadık AYDOS (Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Doç. Dr. Ahmet Kürşat ERSÖZ (Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Doç. Dr. Selcen ERDAL (Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Doç. Dr. Abdulkadir YILDIZ (Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Doç. Dr. Baki Oğuz MÜLAYİM (Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Dr. Öğr. Üyesi Ahmet Şakir DEMİRTAŞ (Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Dr. Öğr. Üyesi Ayşegül ÇOBAN ATİK (Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Dr. Öğr. Üyesi Hikmet TÜLEN (Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Dr. Öğr. Üyesi Mahmut KAPLAN (Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Dr. Öğr. Üyesi Mahmut KİZİR (Necmettin Erbakan Üniversitesi Adalet Meslek Yüksekokulu)
Dr. Öğr. Üyesi Mehmet Savaş ÖZDAĞ (Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Dr. Öğr. Üyesi Murat AKSAN (Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Dr. Öğr. Üyesi Özlem ÇELİK (Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Dr. Öğr. Üyesi Süheyla ZORLU (Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Dr. Öğr. Üyesi Tuğba BAYRAKTAR (Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Dr. Öğr. Üyesi Yalçın BOSTANCI (Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Dr. Öğr. Üyesi Yılmaz YURTSEVEN (Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

BU SAYININ HAKEMLERİ

| | |
|--|------------------------------------|
| Prof. Dr. Sevgi Gül AKYILMAZ | Dr. Öğr. Üyesi M. Onursal CİN |
| Prof. Dr. Faruk TURHAN | Dr. Öğr. Üyesi Şafak PARLAK BÖRÜ |
| Prof. Dr. Hakan ÇEBİ | Dr. Öğr. Üyesi Barış TORAMAN |
| Prof. Dr. Esra YAKUT | Dr. Öğr. Üyesi Sevgi DURSUN ATEŞ |
| Prof. Dr. Mustafa ATEŞ | Dr. Öğr. Üyesi Oytun CANYAŞ |
| Prof. Dr. Mehmet ALTUNKAYA | Dr. Öğr. Üyesi Dilşah Büşra KARTAL |
| Prof. Dr. Ümit Süleyman ÜSTÜN | Dr. Öğr. Üyesi Selman Sacit BOZ |
| Prof. Dr. Hakan Çebi | Dr. Öğr. Üyesi Necip Taha GÜR |
| Doç. Dr. Yasin SÖYLER | Dr. Öğr. Üyesi Ebru KAYABAŞ |
| Doç. Dr. Abdulkadir YILDIZ (İki farklı makale) | Dr. Öğr. Üyesi Fatih ÖLMEZ |
| Doç. Dr. Ahmet KILINÇ | Dr. Öğr. Üyesi Ferhat USLU |
| Doç. Dr. Ayşe ARAT | Dr. Öğr. Üyesi İrem KARAKOÇ |
| Doç. Dr. Alper UYUMAZ | Dr. Öğr. Üyesi Ümit GÜVEYİ |
| Doç. Dr. Seda ÖRSTEN ESİRGEN | Dr. Öğr. Üyesi Merve ÜNAL AÇIKGÖZ |
| Doç. Dr. Pelin KARAASLAN | Dr. Öğr. Üyesi Ömer ÖZKAYA |
| Doç. Dr. Baki Oğuz MÜLAYİM | Dr. Öğr. Üyesi Murat ERDOĞAN |
| Doç. Dr. Alpaslan ALKIŞ | Dr. Ahmet ÇETİNKAYA |
| Doç. Dr. Mehmet Emin AKGÜL | |
| Hâkim Doç. Dr. Hüseyin BİLGİN | |

Akademik katkılarından ötürü tüm meslektaşlarımıza teşekkür ederiz.

NEÜHFD Baş Editörü Prof. Dr. Nuran KOYUNCU

DERGİ HAKKINDA

AMAÇ

Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi ile hukukun bütün alt dallarında özgün ve bilimsel makalelerin yayımlanması suretiyle ulusal ve uluslararası literatüre katkı sağlamak amaçlanmaktadır.

KAPSAM

Dergimiz Haziran ve Aralık aylarında olmak üzere yılda iki kez elektronik olarak yayımlanan hukukun bütün alt dallarında makale kabul eden ulusal hakemli bir dergidir. Bilimsel makalelerin yanı sıra karar incelemeleri, mevzuat değerlendirmesi, kitap incelemesi ve çeviriler de dergide yer almaktadır. Derginin yayın dili, Türkçe ve diğer Avrupa dilleridir.

DEĞERLENDİRME SÜRECİ

Yılda iki sayı halinde yayımlanan Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi hakemli bir dergidir. Dergimizde yayımlanan makaleler en az iki hakem tarafından incelenmektedir. Yayın şartları son sayfada yer almaktadır.

TARANDIĞI İNDEKSLER



ARAŞTIRMA
MAKALELERİ
RESEARCH ARTICLES

AIHM İÇTİHADİ ve 6111 SAYILI KANUN IŞIĞINDA SİYASİ PARTİLERİN MALİ DENETİMİ

Fatih GÜLER 

Dr., Öğr. Gör., Çanakkale 18 Mart Üniversitesi, Çanakkale, fatih.guler@comu.edu.tr, (Yazar / Corresponding Author)

| Makale Bilgileri | ÖZ |
|--|---|
| <p>Makale Geçmişi Geliş: 05.10.2021 Kabul: 21.12.2021 Yayın: 03.01.2022</p> <p>Anahtar Kelimeler: Siyasi Parti, Mali Denetim, AIHM, 6111 sayılı Kanun, Anayasa Mahkemesi.</p> | <p>Siyasi partilerin mali denetimi, Anayasa Mahkemesi (AYM) tarafından yerine getirilmektedir. Son on yılda siyasi partilerin mali denetimi ile ilgili iki önemli gelişme söz konusu olmuştur. Bunlardan birincisi 2011 tarih ve 6111 sayılı Kanun ile 2820 sayılı Siyasi Partiler Kanunu'nda siyasi partilerin mali denetiminin esasına ilişkin yapılan değişikliklerdir. İkincisi ise AYM'nin bir siyasi partinin mali denetimi ile ilgili verdiği hazineye irat etme kararının ardından Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin (AIHM) vermiş olduğu ihlal kararlarıdır. Çalışmada her iki konu ele alındıktan sonra AYM'nin siyasi partilerin mali denetimine ilişkin kararları, 2009-2013 (6111 sayılı Kanun öncesi dönem), 2013-2017 (6111 sayılı Kanun dönemi), 2017-2021 (AIHM'in kararı sonrası dönem) dönemleri olarak sınıflandırılmıştır. Bu sınıflandırma çerçevesinde, 6111 sayılı Kanun ile AIHM'in ihlal kararının AYM kararları üzerindeki etkileri tartışılmış ve siyasi partilerin mali denetimi ile ilgili bir model önerisi ortaya konmuştur.</p> |

ECHR Case-Law and Law No. 6111

| Article Info | ABSTRACT |
|--|---|
| <p>Article History Received: 05.10.2021 Accepted: 21.12.2021 Published: 03.01.2022</p> <p>Keywords: Political Party, Financial Audit, ECHR, Law No. 6111, Constitutional Court.</p> | <p>The Constitutional Court shall conduct the financial audit of political parties. In the last ten years, there have been two important developments regarding the financial audit of political parties. The first of these is the amendments made in the Law No. 6111 of 2011 and the Law No. 2820 on Political Parties on the basis of the financial audit of political parties. The second one is the violation decisions made by the European Court of Human Rights following the decision of the Constitutional Court regarding the financial audit of a political party to be registered as revenue of the treasury. After discussing both issues in the study, the decisions of the Constitutional Court on the financial audit of political parties, 2009-2013 (pre-law period Law No. 6111), 2013-2017 (Law period 6111), 2017-2021 (period after the ECHR decision) classified as. Within the framework of this classification, the effects of the Law No. 6111 and the ECHR violation decision on the decisions of the Constitutional Court were discussed and a model proposal was put forward for the financial audit of political parties.</p> |

Atıf/Citation: Güler, F. (2022). AIHM İçtihadı ve 6111 Sayılı Kanun Işığında Siyasi Partilerin Mali Denetimi, *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 5(1), s.1-15.

Plagiarism: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. // This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

“This article is licensed under a [Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/) (CC BY-NC 4.0)”



GİRİŞ

Demokrasinin vazgeçilmez unsuru olan siyasi partilerin faaliyetlerinin kuşkusuz bir maliyeti olmaktadır.¹ Ulusal ve uluslararası düzeyde etki alanlarını genişletme eğiliminde olan siyasi partilerin uğraş alanları gün geçtikçe artmakta, başarılı olabilmek için toplumsal değişime ayak uydurmak isteyen siyasi partiler daha fazla paraya ve mali güce gerek duymaktadır.² Gelişen bu mevcut durumun kodifikasyonu ve kamu otoritesinin bu süreçteki normatif rolü ise oldukça girift ve kırılğan bir niteliği haizdir. Bu kırılğanlığın oluşturduğu hassasiyet, siyasi partilerin hangi mali koşullar altında çalıştığını anlamaya ve maddi baskının demokrasi üzerindeki olumsuz etkisini önlemeye çalışırken, siyasi partilere demokratik düzenin sağladığı azami özgürlük alanını da sınırlandırmaması gerekir.³

Siyasi partilerin finansmanı başlığı, çağdaş siyasi sistemlerin işlevini çevreleyen en kritik konulardan birini oluşturduğu kabul edilmektedir.⁴ Bu çerçevede siyasi partilerin finansmanına ilişkin esas ve usuller ile bunların denetiminde kamu otoritesinin rolü, anayasa hukukunun önemli tartışma konularının başında gelmektedir.⁵ Siyasi partilerin mali denetimi ile ilgili akademik çalışmaların sayısının giderek artması ve değişik disiplinlerde araştırma konusu haline gelmesi bu anlamda oldukça önemlidir. Gerek ulusal ve uluslararası doktrinin gerekse de genel siyasal eğilimin siyasetin finansmanına ilişkin düzenlemelerin kabul edilmesini ve etkili bir şekilde uygulanmasının siyasetteki gri alanları azaltılmasında ve siyasi meşruiyetin artırılmasında önemli bir faktör olduğunu kabul etmesi de konunun önemini arttıran etkenler olarak ifade edilmelidir.⁶

Türk anayasal geleneğinde siyasi partilerin mali denetimi görevinin AYM'ye verilmesi yönünde bir eğilim ortaya konmuştur. AYM'nin siyasi partilerin mali denetimi yetkisi ise siyasi parti kesinhesaplarına ilişkin bir kanuna uygunluk denetimi olarak kabul edilmektedir.⁷ AYM tarafından gerçekleştirilen mali denetim neticesinde siyasi partinin mali işlemlerinin doğruluğuna ve kanunlara uygun olduğuna karar verilmesi durumunda, siyasi partinin o yıl ait kesinhesabı ibra edilmiş olur.⁸ AYM'nin denetimi sonucunda kanuna aykırı olduğu tespit edilen gelir ve giderler hakkında hazineye irat kaydetme yaptırımı uygulanmaktadır.

AYM'nin norm denetimi, bireysel başvuru, siyasi parti kapatma ve Yüce Divan kararlarının aksine siyasi partilerin mali denetimi ile ilgili kararlarının daha sınırlı etkiye sahip olduğu söylenebilir. Fakat AYM'nin siyasi partilerin mali denetimine ilişkin kararlarında yer

¹ Taşar, M.Okan. "Demokrasinin Finansmanı: Siyasi Partilerin Gelir Kaynakları", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi 20. Yıl Armağanı)*, C. 11, S.1-2 2003,s. 242.

² Yücekök, Ahmet Naki. "Siyasi Partilerin Masraf Denetimi", *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, C. 27, S. 2, 1972, s. 67-68.

³ Yücekök, s.81.

⁴ Vernardakis, Christoforos. "The Financing Of Parties And Its Impact On Their Transformation From Institutions Of Social Representation To Institutions Of State Legitimization. The Case Of Greece", *Working Paper Series on the Legal Regulation of Political Parties*, No. 42, 2014, s.12.

⁵ Odyakmaz, Zehra/ Çınarlı, Serkan/ Özcan, Cem. "Fransa'da ve Türkiye'de Seçim Kampanyalarının ve Siyasal Partilerin Finansmanının Denetimi", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.20, S.2, 2012, s.9.

⁶ Casal Bertoa, Fernando/ Molenaar, Fransje/ Piccio, Daniela R./Rashkova, Ekaterina. "The World Upside Down: De-Legitimizing Political Finance Regulation", *Working Paper Series on the Legal Regulation of Political Parties*, No. 30, 2013, s. 19.

⁷ Uzun, Cem Duran. *Siyasi Partilerin Finansmanı Devlet Yardımı, Sınırlamalar ve Mali Denetim*, Siyaset, Ekonomi ve Toplum Araştırmaları Vakfı, S. 110, Ankara, 2014, s. 38.

⁸ Erdem, Nazlı. "Siyasi Partilerin Finansmanı ve Mali Denetimi", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. ŞerefERTAŞ'a Armağan, C. 19, S. Özel, 2017, s. 3139.

verdiği bazı hususlar zaman zaman siyasi partiler açısından karşılıklı karşıt argüman olarak kullanılabilir.⁹

Siyasi partilerin mali denetimi konusu ulusal bazda dikkat çektiği kadar Avrupa Birliği (AB) ve Avrupa Konseyi (AK) özelinde uluslararası kamuoyunun da dikkatini çektiği önemli başlıklardandır. “Dinamik karşılıklı değerlendirme süreci” ve “emsal baskısı” mekanizmalarından faydalanarak üye ülkelerin AK tarafından benimsenmiş standartlara uygunluğunu değerlendirmek ve bu yolda kapasitelerinin artırılmasına yardımcı olmayı amaçlayan GRECO’nun¹⁰ Türkiye’de siyasi partilerin mali denetimi ile ilgili ayrıntılı izleme süreçleri söz konusu olmuştur. GRECO’nun Avrupa Konseyi’nin diğer bazı organlarının aksine siyasi partilerin finansmanı ile ilgili daha yumuşak araçları benimseyerek sonuç odaklı bir yaklaşım sergilediği söylenebilir.¹¹

Siyasi partilerin finansmanının şeffaflığı ile ilgili olarak, *Siyasi Partilerin Mali Denetimi Rehberinin* yürürlüğe girmesi gibi gelişmeler uluslararası kamuoyunda olumlu bir yaklaşım olarak kabul edilse de siyasetin finansmanına ve siyasetin finansmanının şeffaflığına ilişkin GRECO tavsiyelerine uyum sağlanmadığına ilişkin eleştiriler Avrupa Birliği’nin Türkiye ve Türkiye İlerleme Raporları’nda yer almıştır. Bu raporlarda siyasi partilerin ve seçim kampanyalarının finansmanının kontrolü konusundaki izleme kayıtlarının sistem etkinliğinin çok düşük olduğunu ortaya koyduğu ve AYM’nin siyasi partilerin mali denetimine ilişkin kararların ciddi biçimde geciktirildiğine ilişkin bilgi ve yorumlara da yer verilmiştir.

Çalışmada siyasi partilerin gelir ve giderleri ile bunların denetimi ile ilgili süreçlerle ilgili yasal hükümlerin tekrarından kaçınılmış olup bu hususlarla ilgili 6111 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikler ve AİHM’in bir siyasi parti özelinde AYM’nin siyasi partilerin mali denetimi sürecinde ortaya koyduğu hukuki tutumu değerlendiren içtihadı ayrı ayrı ele alınmıştır. Üçüncü bölümde ise mali açıdan benzer işlem hacmine sahip olduğu kabul edilen sekiz siyasi parti ile ilgili AYM’nin verdiği mali denetim kararları çerçevesinde 6111 sayılı Kanunun ve AİHM’in ihlal kararının AYM’nin siyasi partilerin mali denetimi kararları üzerinde bir etkisinin olup olmadığı incelenmiş ve dördüncü bölümde yapısal sorunları giderebilecek bir model önerisi sunulmuştur.

I. 6111 Sayılı Kanun ile Siyasi Partilerin Mali Denetiminde Yapılan Değişiklikler

Siyasi partilerin gelir ve giderlerine ilişkin esas ve usuller ve AYM tarafından bu esas ve usuller çerçevesinde yapılan mali denetim ile ilgili hususların düzenlendiği normlardan en önemlisi 2820 sayılı Siyasi Partiler Kanunu’dur. 2820 sayılı Kanun’da bu zamana kadar siyasi partilerin mali denetimine ilişkin hususlarla ilgili iki önemli değişiklik yapılmıştır. Bunlardan birincisi 12.8.1999 tarih ve 4445 sayılı kanun, ikincisi ise 13.2.2011 tarih ve 6111 sayılı Kanundur. 4445 sayılı Kanun, siyasi partilerin mali denetimine ilişkin usullerle ilgili iken 6111 sayılı Kanun ise daha çok AYM’nin siyasi partilerin mali denetimi ile ilgili bazı içtihatlarına tepki olarak¹²

⁹ Türkiye Büyük Millet Meclisi - Genel Kurul Tutanağı, 23. Dönem 5. Yasama Yılı 64. Birleşim, 11 Şubat 2011 Cuma, s.47-53.

¹⁰ Adalet Bakanlığı Dış İlişkiler ve Avrupa Birliği Genel Müdürlüğü, GRECO Genel Bilgi, <https://diabgm.adalet.gov.tr/Home/SayfaDetay/greco-genel-bilgi17092020115143>, (erişim tarihi 15.09.2021).

¹¹ Timuş, Natalia. “The Impact of European Democracy Promotion on Party Financing in the East European Neighborhood”, *Working Paper Series on the Legal Regulation of Political Parties*, No. 6, 2010, s.11.

¹² Gider belgelerinin aslının mücbir sebeplerle temin edilememesi durumunda bunun tasdikli örneklerinin kabul edilmediğine ilişkin karar AYM Esas Sayısı:2005/25 (Siyasî Parti Malî Denetimi), Karar Sayısı:2010/54, Karar Günü:16.12.2010, Resmi Gazete Tarih-Sayı:31.12.2010-27802. Siyasi partilerde istihdam edilen kişilere aynı, nakdi ve sosyal yardım giderlerinin kabul edilmemesi ile ilgili karar, AYM Esas Sayısı:2007/27 (Siyasî Parti Malî

siyasi partilerin mali denetiminin esası ile ilgili ve siyasi partilerin mali iş ve işlemlerini kolaylaştırıcı nitelikte olduğu söylenebilir.

Birbiri ile konu yönünden ilgisi olmayan ve çok fazla sayıda başka kanunda ek ve değişiklikler yapan kanunlar torba kanun olarak adlandırılmaktadır.¹³ Bu tanımlamaya uyan 6111 sayılı Kanun, 216 asıl ve 18 geçici madde olmak üzere toplam 236 maddelik kapsamlı bir metin olup birçok farklı alandaki kanunlarda düzenleme yapmıştır.¹⁴

Demokratik bir sistemde kesinleşmiş yargı kararlarının hem akademik anlamda hem de toplumsal anlamda eleştiri konusu olması oldukça normaldir. Bu eleştiriler bağlayıcılık gücünü haiz fakat en nihayetinde beşeri bir çıktı olan yargı kararlarının normatiflik düzeyini arttırmada önemli bir rol oynamaktadır. Objektif olarak, hukuki ve bilimsel kriterlere göre yapılan değerlendirmelerin, hukukun gelişmesine katkı sağlayacağı bilinmektedir.¹⁵ Yasama organı bu eleştirileri göz önünde bulundurarak zaman zaman yargı kararlarından kaynaklı sorunların çözümü için yasal düzenleme inisiyatifini kullanmaktadır. Yasama organının yargı kararlarına dolaylı sert tepkisi¹⁶ olarak adlandırılabilen bu durumun 6111 sayılı Kanun ile ilgili olarak söz konusu olduğu ifade edilebilir.

6111 sayılı Kanun ile siyasi partilerin mali denetimi ile ilgili yapılan değişiklikler aşağıda özetlenmiştir.

- ✓ Siyasi partilerin mali denetiminin siyasi partilerin faaliyetlerini daraltıcı nitelikte olamayacağı,
- ✓ Siyasi partilerin mali denetiminin siyasi partilerin faaliyetlerinin yerindeliğini denetlenmesinin bir aracı olamayacağı,
- ✓ Siyasi partilerin amaçlarına ulaşmak için uygun olduğunu değerlendirdikleri faaliyetler için serbestçe harcama yapabilecekleri,
- ✓ Gider belgelerinin aslının mücbir sebeplerle temin edilememesi durumunda bunun tasdikli örneklerinin kabul edilebileceği,
- ✓ Siyasi partilerde istihdam edilen kişilere aynı, nakdi ve sosyal yardım giderleri konusunda esneklik sağlandığı,
- ✓ Siyasi partilerin görevlendirdikleri kişilere ait yol, konaklama vb. masrafların gider kaydedilebileceği,
- ✓ Mal ve hizmet alımından kaynaklı mahkeme masraflarının gider kaydedilebileceği,

Denetimi), Karar Sayısı:2010/69,Karar Günü:22.12.2010, Resmi Gazete Tarih-Sayı:31.12.2010-27802. Siyasi partilerin görevlendirdikleri kişilere ait yol, konaklama vb. masrafların kabul edilmemesi ile ilgili karar AYM Esas Sayısı:2007/21 (Siyasi Parti Mali Denetimi), Karar Sayısı:2008/83, Karar Günü:26.6.2008, Resmi Gazete Tarih-Sayı:08.07.2008- 26930. Türkiye Büyük Millet Meclisi - Genel Kurul Tutanağı 23. Dönem 5. Yasama Yılı 64. Birleşim, 11 Şubat 2011 Cuma, s. 47-53.

¹³İba, Şeref. "Ülkemizde "Torba Kanun" ve "Temel Kanun" Uygulamaları", *Ankara Barosu Dergisi*, S. 2011/1, 2011, s. 199.

¹⁴Uşan, M. Fatih. "Kanun Yapmak Bu Kadar Kolay Mı, Yahut Bu Kadar Zor Mu? (5510 Sayılı Kanun Uygulaması Çerçevesinde Bir Tesbit)", *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, S. 2016/1, 2016,s. 215.

¹⁵Yiğit, Zeki. *Yargı Kararlarında Gereçlendirme Çalışması Açılış Programı*, 3 Haziran 2021, <https://www.danistay.gov.tr/haber-arsiv/1719>, (erişim tarihi 01.09.2021).

¹⁶Ünsal, Artun. *Siyaset ve Anayasa Mahkemesi (Siyasal Sistem Teorisi Açısından Türk Anayasa Mahkemesi)*, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları No:443, Ankara, 1980, s.287-288.

- ✓ Mal ve hizmet alımına ilişkin yöntem serbestisinin açıkça ifade edildiği.

6111 sayılı Kanun ile getirilen değişikliklerden en önemlileri yerindelik denetimi yasağı ve usul serbestisidir. Siyasi partilerin mali denetimi anlamında yerindelik denetimi, AYM'nin siyasî partilerin takdir yetkisini sınırlandıracak ve ortadan kaldıracak nitelikte karar al(a)mamasıdır.¹⁷ Usul serbestisi ise siyasi partilerin faaliyetleri esnasında yapacakları harcamalarla ilgili uygun gördükleri yöntem veya yöntemleri kullanabileceklerine dair sarih vurgu olarak ifade edilebilir.

AYM, 6111 sayılı Kanunun 25.2.2011'de yürürlüğe girmesi sebebiyle ve geçici maddelerde karara bağlanmamış siyasi parti hesaplarında 6111 sayılı Kanunla değiştirilen hükümlerin uygulanacağına yönelik açık bir hüküm de yapılmadığından dolayı 25.2.2011 tarihinde önceki mali denetimlerde değişiklikten önceki hükümler uygulanacağına dair içtihat¹⁸ geliştirmiştir. Bu içtihat üzerine 2013 yılında kabul edilen 6456 sayılı Kanunun 54. maddesi ile 6111 sayılı Kanunla yapılan değişiklik hükümlerinin yürürlüğe girdikleri tarih itibarıyla AYM tarafından karara bağlanmamış mali denetimler hakkında da uygulanacağı kabul edilmiştir. AYM bu içtihadıyla 6111 sayılı Kanun ile getirilen değişikliklere karşı zımni tepkisini dile getirdiği söylenebilir. Fakat AYM'nin bu içtihadı üzerine 6456 sayılı Kanunun getirdiği hükümleri de, yasama organının yargı kararlarına dolaylı sert tepkisinin devamı ve tekrarı olarak nitelendirmek mümkündür.

6111 sayılı Kanun'un AYM kararları üzerindeki tedrici bir şekilde olmuştur. 2013 yılından itibaren siyasi partilerin mali denetimi esnasında şeklen kanuna uygun gözükse fakat siyasi partinin hiç gelir veya giderinin olmaması veyahut siyasi partinin faaliyetlerine devam etmesine imkân vermeyecek düzeyde az gelir veya giderin olması gibi günlük hayatın doğal akışında aykırılığı apaçık ortada olan bazı siyasi parti kesinhesaplarının 'kabul edilmesinin mümkün olmadığı' yönünde kararlar vermeye başlayarak 'içtihadı' nitelikte üçüncü bir karar türü oluşturulması, AYM'nin siyasi partilerin mali denetimi ile ilgili bir paradigma değişikliğine gideceğinin ilk işareti olmuştur.¹⁹

II. AİHM'in Siyasi Partilerin Mali Denetimi ile İlgili İhlal Kararı (Kilit Dava)

AYM'nin siyasi partilerin mali denetimleri sonucunda verilen kararlarına karşı siyasi partiler tarafından AİHM'e başvuruda bulunduğu görülmektedir.²⁰ Cumhuriyet Halk Partisi, 2007, 2008 ve 2009 yılları ile ilgili mali denetimlerine ilişkin AYM kararlarında hükmedilen hazineye irat müeyyidelerinin AİHS'i ihlal ettiği iddiasıyla 16 Mart 2013 tarihinde AİHM'e başvurmuştur. AİHM özel öneme sahip olduğuna karar verdiği başvuruları "kilit dava" olarak nitelendirmektedir. 2016 yılında Türkiye hakkında verilen iki kilit davadan birisi ise Cumhuriyet Halk Partisi'nin mezkûr başvurusu üzerine verilen karara ilişkindir.

¹⁷Çelik, Özlem. "Türk Anayasa Hukukunda Siyasi Partilerin Gelir Ve Giderlerinin Mali Denetimi", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 12, S. Özel, 2010, s. 1351.

¹⁸ AYM, Esas Sayısı:2010/60 (Siyasi Parti Mali Denetimi), Karar Sayısı:2013/13, Karar Günü:3.1.2013, Resmi Gazete Tarih-Sayı:06.02.2013-28551.

¹⁹ Güler, Fatih. "Anayasa Mahkemesi Tarafından Siyasi Partilerin Mali Denetimi Sonucunda İçtihadı Olarak Oluşturulan Yeni Bir Karar Türü: Kabul Edilmesinin Mümkün Olmaması", *Toplum, Ekonomi Ve Yönetim Dergisi*, C.2, S. 1, 2021, s.37.

²⁰Akyel,Recai. "Türkiye'de Siyasi Partilerin Hukuksal Konumları Ve Denetimleri", *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, S. 12, 2018, ss. 115-154, 140.

AİHM, Cumhuriyet Halk Partisi'nin 2007 yılı mali denetimine ilişkin AYM kararının tebliğinin ardından altı ay geçtikten sonra başvuru yapılması sebebiyle kabul edilemezlik kararı vermiş, 2008 ve 2009 yıllarına ilişkin mali denetim kararları ile ilgili ihlal iddialarını ise kabul edilebilir bularak incelemiştir.

AİHM başvuruyu ilgili karara bağlamadan önce AYM'nin kararlarındaki bazı çelişkilere işaret ederek kararlarda mantıki ve hukuki tutarlılık bulunması gerektiğine işaret etmiştir. AİHM'in Ramazan Bayramı sebebiyle ikram edilen çikolataların kanuna aykırı harcama olduğuna karar verilirken, Kurban Bayramı sebebiyle ikram edilen çikolatalarla ilgili böyle bir karar verilmemiş olmasının, Parti'de kullanılmak amacıyla satın alınan battaniye, şemsiye ve yağmurlukların da kişisel harcama olduklarına hükmedilirken, personel kullanımı için satın alınan kıyafet ve bulaşık makinelerine ilişkin böyle bir hükme varılmamış olmasının kararda açıkça belirtilmesi bu çerçevede değerlendirilebilir.

AİHM, siyasi partilerin mali denetimi neticesinde yaptırım uygulanabileceğini fakat bu yaptırım uygulama yetkisinin sınırsız olmadığını belirtmiştir. AİHM Cumhuriyet Halk Partisi'nin 2008 ve 2009 yılları ile ilgili mali denetimlerine ilişkin AYM kararlarında, hazineye irat kaydedilen tutarın siyasi partinin gelirleri içerisinde ciddi bir oran teşkil ettiğini ve bu haliyle siyasi partinin faaliyetlerine devamına engel teşkil edebilecek nitelikte olduğunu vurgulayarak bu sınırın aşıldığına hükmederek AİHS'in 11. maddesinde güvence altına alınan örgüt kurma özgürlüğünün ihlal edildiğine hükmetmiştir. Özetle AİHM siyasi partilerin mali denetimini için şeffaflık için oldukça önemli bulmasına rağmen mali denetim sonucunda uygulanacak yaptırımların örgütlenme özgürlüğünün kullanılmasını oldukça zorlaştıracak veya zedeleyecek nitelikte olmaması gerektiğine işaret etmiştir.

AİHM, AYM'nin siyasi partilerin mali denetimi ile ilgili olarak belirsiz koşulların uygulamada nasıl yorumlanacağını ve uygulanacağını siyasi partilerin öngörmesine ve tutumunu buna göre düzenlemesine izin verecek şekilde tutarlı, açık ve müstakar bir içtihat oluşturmadığına, mali denetim kararlarının uzun sürede sonuçlandırılması sebebiyle sonraki yıllarda benzer giderler için siyasi partilerin yaptırımlarla karşı karşıya kalmasını engellemek amacıyla siyasi partilere tutumunu düzenleme imkânı sağlamadığından hukuka aykırı harcamalara ilişkin içtihat ve uygulamanın öngörülemezliğine işaret etmiştir.

AİHM, AYM'nin bazı hukuka aykırı gelir ve giderler açısından hazineye irat kararı vermeyip uyarıda bulunduğunu, bu uyarının teknik olarak Siyasi Partiler Kanunu'nun 104. maddesinde ifade edilen ihtar kavramına denk geldiğini, bu çerçevede AYM'nin ihtar mekanizmasını kanunda yazılı şekilde Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı'nın talebi olmaksızın re'sen uygulamasını ve benzer durumlarda bazen "ihtar" yaptırımını uygulamasını, bazen "hazineye irat" yaptırımını uygulamasını, hukuka aykırı harcamalara yönelik uygulanabilir yaptırımlar açısından bir öngörülemezlik durumu oluşturduğuna işaret etmiştir. AİHM'in diğer eleştirilerine nazaran daha düşük tonlu olan bu durumun ihlale konu olan siyasi parti mali denetim kararları ile sınırlı olduğu görülse de, AYM'nin mali denetim sürecinde "uyarı" mekanizmasını kullanmayı tercih etmesi durumunda içtihadi tutarlılık açısından bu yetkisini daha sınırlı ve benzer durumlarda kullanma yönünde bir perspektifi benimsemesi gerektiği söylenebilir.

AİHM, siyasi partilerin mali denetimi sürecinde temyiz imkanının olmaması, sözlü savunma hakkının olmamasını ve kamuya açık yargılama yapılamamasını AİHS'te korunan adil

yargılanma hakkını ihlal eder nitelikte olmadığını işaret etmesine rağmen siyasi partilerin mali denetiminin tamamlanması için yasal azami bir süre öngörülmemesinin eksikliğine ve AYM'nin siyasi partilerin mali denetimleri tamamlama sürelerine ilişkin uygulamasının oluşturduğu sorunlara özellikle vurgu yapmıştır. AYM'nin siyasi partilerin mali denetimi ile ilgili kronik sorunu olan uzun denetim süresi AİHM'in süreçle ilgili en temel eleştirinin başında yer aldığı görülmektedir.

III. 6111 Sayılı Kanun ve AİHM'in İhlal Kararının AYM'nin Siyasi Partilerin Mali Denetimi Kararlarına Etkisi

Son on yılda siyasi partilerin mali denetimi ile ilgili en önemli iki gelişme 6111 sayılı Kanun ve AİHM'in ihlal kararıdır. 6111 sayılı Kanunun ve AİHM'in ihlal kararının AYM'nin siyasi partilerin mali denetimi kararları üzerinde bir etkisinin olup olmadığının değerlendirilmesinin siyasi partilerin mali denetimi ile ilgili yasal düzenlemelere ve uygulamaya yön verme potansiyelini haiz olması sebebiyle ele alınmasında fayda görülmüştür.

AYM'nin siyasi partilerin mali denetim kararları ile ilgili tek faktör, 6111 sayılı Kanun ve AİHM'in ihlal kararı değildir. Siyasi partiler, zaman içerisinde mali işlemleri ile ilgili dikkat ve özeni veya AYM üyelerinin yargısal tutumları da AYM'nin siyasi partilerin mali denetimi kararlarına etki edebilecektir. Çalışmada “ceteris paribus” varsayımı ile hareket edilerek yukarıda zikredilen faktörlerin varlığı inkar edilmeden sadece 6111 sayılı Kanun ve AİHM'in ihlal kararının AYM'nin siyasi partilerin mali denetimi kararlarına etki ettiği varsayımıyla bir sonuca ulaşılmaya çalışılmıştır.

Çalışmada sağlıklı bir karşılaştırma yapılabilmesi amacıyla karşılaştırma dönemleri 6111 sayılı Kanun öncesi dönem, 6111 sayılı Kanun dönemi ve AİHM'in ihlal kararı sonrası dönem olarak üç başlıkta incelenmiştir. Yukarıda zikredilen AYM kararları sebebiyle 6111 sayılı Kanun, 18.4.2013 tarihinden sonra uygulanabilmiştir. AİHM'in ihlal kararının 26.4.2016 tarihinde alınması sebebiyle tebligat süreci de göz önünde bulundurularak AİHM'in ihlal kararı sonrası dönemin başlangıcı için ise 1.1.2017 tarihi kabul edilmiştir. Bu çerçevede 6111 sayılı Kanun öncesi dönem 1.1.2009 - 18.4.2013 tarihleri arasını, 6111 sayılı Kanun dönemi 19.4.2013 - 31.12.2016 tarihleri arasını ve AİHM'in ihlal kararı sonrası dönem ise 1.1.2017-1.10.2021 tarihleri arasını kapsamaktadır.

AYM'nin siyasi partilerin mali denetimi ile ilgili kararları ile ilgili dönemsel bir karşılaştırmalı değerlendirme yapabilmek için iki seçenek bulunmaktadır. Birincisi; karşılaştırma yapılacak döneme ait tüm siyasi partilere ait mali denetim kararlarının incelenmesi, ikincisi ise benzer mali işlem hacimlerine sahip siyasi partilerin incelenmesidir. Siyasi partilerin tamamına ait mali denetim kararları incelendiğinde karşılaştırma dönemleri içerisinde kapanan veya kurulan siyasi partilerin olması ve tüm siyasi partilere ait mali denetim kararlarının incelenmesi halinde siyasi partilerin mali işlem hacimleri arasında ciddi farklılıklar olması karşılaştırma konusunda zorlukları beraberinde getirmektedir. Bu sakıncaların ortadan kaldırılması ve daha sağlıklı bir karşılaştırma yapılabilmesi için mali işlem hacimleri açısından benzer ve karşılaştırma dönemi içerisinde faaliyetlerine devam eden siyasi partiler tespit edilmelidir.

Mali işlem hacimleri, belli bir yoğunluğun üstünde olan ve bu özellikleri açısından birbirine benzer ve karşılaştırma dönemi içerisinde faaliyetlerine devam eden siyasi partilerin tespit edilebilmesi için “seçime katılabilme” kriteri kullanılmıştır. Bilindiği üzere 2820 sayılı

Kanun'un 36.maddesine göre "Siyasi partilerin seçimlere katılabilmesi için illerin en az yarısında oy verme gününden en az altı ay evvel teşkilat kurmuş ve büyük kongrelerini yapmış olması veya Türkiye Büyük Millet Meclisi'nde grubu bulunması şarttır. Bir ilde teşkilatlanma, merkez ilçesi dâhil o ilin ilçelerinin en az üçte birinde teşkilat kurmayı gerektirir." Gerçekten de seçime katılmak için belli düzeyde teşkilatlanan ve seçime katılmaları sebebiyle belirli harcamalar yapan siyasi partilerin benzer bir mali işlem hacmine sahip olduğu kabul edilebilir. Bu çerçevede Yüksek Seçim Kurulu'nun 2007,²¹ 2011,²² 2015²³ ve 2021²⁴ yılları arasında seçime katılabileceğine karar verdiği siyasi partiler arasından dördüne katılabilme yeterliliğine sahip olan siyasi partilerin mali denetim kararları incelenmiştir.

Yukarıdaki kriterleri sağlayan siyasi partiler; Adalet ve Kalkınma Partisi, Bağımsız Türkiye Partisi, Büyük Birlik Partisi, Cumhuriyet Halk Partisi, Demokrat Parti, Demokratik Sol Parti, Genç Parti, Milliyetçi Hareket Partisi, Saadet Partisi, Türkiye Komünist Partisi, Vatan Partisidir. Zikredilen partiler arasında yer alan Demokrat Parti, Genç Parti ve Türkiye Komünist Partisi ile ilgili mali denetim kararları çalışmanın kapsamı dışında tutulmuştur. Genç Parti hakkında büyük kongrelerini yasal sürede toplayamadığından dağılma durumunun tespit edilmesi için Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından AYM'ye başvurulması²⁵ sebebiyle mali denetim kararlarında kesinti yaşanmıştır. Benzer şekilde Türkiye Komünist Partisi'nin isim hakkı sebebiyle oluşan hukuki ihtilaf²⁶ sebebiyle mali denetim kararlarında kesinti yaşanmıştır. Demokrat Parti'nin Doğru Yol Partisi ve Anavatan Partisi'nin birleşmesiyle kurulması, sonradan tekrar Anavatan Partisi ve Doğru Yol Partisi adlarıyla yeni partiler kurulması ve çalışmanın kapsamı içinde yer alan 2009 yılından sonraki aynı yıllara ait Anavatan Partisi, Doğru Yol Partisi ve Demokrat Parti'ye ait mali denetim kararları bulunması sebebiyle istatistiksel bütünlük açısından Demokrat Parti ile ilgili mali denetim kararları da çalışmanın kapsamı dışında tutulmuştur.

Tablo -1: İlgili Dönemlerde Karara Bağlanan Siyasi Parti Mali Denetim Kararlarının Kanuna Uygunluk / Hazineye İrat Sayıları

| | 1.1.2009- 18.4.2013 | 19.4.2013- 31.12.2016 | 1.1.2017- 1.10.2021 |
|---|------------------------|--------------------------|------------------------|
| Kanuna Uygun Kabul Edilen Karar Sayısı | 20 | 16 | 37 |
| Hazineye İradına Hükmedilen Karar Sayısı | 35 | 12 | 4 |
| Toplam Karar Sayısı | 55 | 28 | 41 |

²¹ Yüksek Seçim Kurulu, Karar No:223, Karar Tarihi: 04/05/2007.

²² Yüksek Seçim Kurulu, Karar No:144, Karar Tarihi: 05/03/2011.

²³ Yüksek Seçim Kurulu, Karar No:98, Karar Tarihi: 30/01/2015.

²⁴ Yüksek Seçim Kurulu, Karar No:129, Karar Tarihi: 24/03/2021, Karar No:167, Karar Tarihi: 02/04/2021.

²⁵ AYM, Esas Sayısı:2015/3 (Değişik İşler), Karar Sayısı:2016/1, Karar Tarihi:16.3.2016, Resmi Gazete Tarih – Sayı: 20.05.2016 – 29717.

²⁶ AYM, Esas Sayısı:2016/1 (Değişik İşler), Karar Sayısı:2016/8, Karar Tarihi:26.5.2016, Resmi Gazete Tarih – Sayı:22.9.2016 – 29835.

Tablo -2: İlgili Dönemlerde Karara Bağlanan Siyasi Parti Mali Denetim Kararlarının Kanuna Uygunluk / Hazineye İrat Oranları

| | 1.1.2009- 18.4.2013 | 19.4.2013- 31.12.2016 | 1.1.2017- 1.11.2021 |
|---|------------------------|--------------------------|------------------------|
| Kanuna Uygun Kabul Edilen Kararların Oranı | 36 | 57 | 90 |
| Hazineye İradına Hükmedilen Kararların Oranı | 64 | 43 | 10 |

Tablo-1 ve Tablo-2’de görüldüğü üzere 6111 sayılı Kanun öncesi dönemdeki hazineye irat kararı verilen siyasi parti mali denetimi karar sayısı ve bu kararların tüm kararlar içerisindeki oranı 6111 sayılı Kanun döneminde ve AİHM’in ihlal kararı sonrası dönemde belirgin düzeyde azalmakta, kanuna uygun kabul edilen siyasi parti mali denetimi karar sayısı ve bu kararların tüm kararlar içerisindeki oranı 6111 sayılı Kanun döneminde ve AİHM’in ihlal kararı sonrası dönemde 6111 sayılı Kanun öncesi döneme göre belirgin düzeyde artmaktadır. Bu verilerden hareketle AYM’nin 6111 sayılı Kanunun ve AİHM’in ihlal kararı ile oluşan yeni mali denetim perspektifini özümlediğini ve içtihatlarını bu yönde geliştirdiği ifade edilebilir.

Tablo -3: İlgili Dönemlerde Karara Bağlanan Siyasi Parti Mali Denetim Kararlarının Hazineye İrat Miktarlarının Siyasi Partilerin İlgili Yıla İlişkin Gelirlere Oranlarının Ortalaması

| | 1.1.2009- 18.4.2013 | 19.4.2013- 31.12.2016 | 1.1.2017- 1.11.2021 |
|---|------------------------|--------------------------|------------------------|
| Hazineye İradına Hükmedilen Miktarların Ortalaması | 0,008 | 0,002 | 0,0008 |

AİHM, örgütlenme özgürlüğünün ihlaline hükmederken hazineye iradına karar verilen miktarın siyasi partinin gelirlerinin önemli bir bölümünü azaltmış olduğuna işaret etmiş ve ihlal kararının temelini hazineye irat kaydedilen miktarın siyasi partinin geliri içindeki oranının yüksek olmasına dayandırmıştır. Bu çerçevede Tablo-3’te hazineye irat kaydedilen miktarlara ilişkin oranlar üzerinden bir takım sonuçlara ulaşmak hedeflenmiştir. AYM tarafından hazineye irat kaydedilmesine ilişkin kararlar ilk önce oransal bazda incelenmiştir. Bu incelemede kanuna aykırı olması sebebiyle hazineye iradına hükmedilen gelir ve giderlerin toplamı siyasi partinin o yıla

ilişkin toplam gelirine oranlanmıştır. Örneğin siyasi partinin bir yıllık geliri 100.000 TL ise ve AYM kanuna aykırı olması sebebiyle 1000 TL'nin hazineye iradına hükmetmişse, bu karar açısından hazineye irat oranı 0,01 olarak belirlenmiştir.

Tablo-2'de ilgili dönemde hazineye irat kararı verilen mali denetim kararlarının irat oranları ayrı ayrı hesaplanmış olup, ilgili dönemin hazineye irat ortalaması belirlenmiştir. Tablo-3'de görüldüğü üzere 6111 sayılı Kanun öncesi dönemdeki hazineye irat kararı verilen siyasi parti mali denetimi karar sayısı 6111 sayılı Kanun döneminde ve AİHM'in ihlal kararı sonrası dönemde belirgin düzeyde azalmasının yanında, AYM'nin hazineye iradına hükmettiği miktarlarda da belirgin düzeyde azalma söz konusu olmuştur. Bu verilerden hareketle AYM'nin özellikle AİHM'in ihlal kararı ile oluşan yeni mali denetim perspektifini özümlediğini ve içtihatlarını bu yönde geliştirdiği ifade edilebilir.

Bu veriler ışığında, 6111 sayılı Kanun dönemi ve AİHM'in ihlal kararı sonrası dönemi bütüncül ya da ayrı ayrı değerlendirilse de AYM'nin siyasi partilerin mali denetiminin esası ile ilgili olarak, yasa koyucunun iradesi ve AİHM'in içtihadı doğrultusunda paradigmatik bir değişikliğe gittiği söylenebilir. AYM'ye 2010 Anayasa değişikliği ile bireysel başvuruları karara bağlama görevi verilmesiyle AYM, AİHS ve AİHM içtihatları konusunda ulusal bir teminat haline gelerek bir konum değişikliğine uğramıştır. AYM'nin siyasi partilerin mali denetimi ile ilgili AİHM'in ihlal kararı sonrası dönemde ortaya koyduğu yeni paradigmatik durumun AYM'nin bireysel başvuru sonrası oluşan yeni konumu ile uyumlu olduğu söylenebilir.

IV. Makul Sürede Adil Yargılanma Hakkı Bağlamında Siyasi Partilerin Mali Denetimlerinin Karara Bağlanma Süreleri: Bir Model Önerisi

AİHS'in 6.maddesinde ve Anayasa'nın 36.maddesinde adil yargılanma hakkı güvence altına alınmıştır. Adil yargılanma hakkının en önemli unsurlarından birisi makul sürede yargılanma hakkıdır.²⁷ AYM, bireysel başvurularda makul sürede yargılanma hakkını AİHM'in içtihatları ile uyumlu olarak değerlendirmektedir.²⁸ AİHM ise yukarıda zikredilen ve muhtemel diğer başvurularda referans alacağını "kilit dava" olarak nitelendirerek işaret ettiği ihlal kararında siyasi partilerin mali denetimi için makul süre olarak iki yıla işaret etmiştir. AİHS ve AİHM içtihatlarının ulusal teminatı olan AYM'nin bireysel başvurularda işaret ettiği makul süre kavramına, kendisinin tek dereceli yargılama organı olduğu siyasi parti mali denetim kararlarında uygulamaması bir paradoks olarak görülebilir.

Siyasi partilerin mali denetimi ile ilgili AYM kararları ile ilgili eleştirilerin yoğunlaştığı noktalardan birisi de karara bağlanma sürelerine ilişkindir. Siyasi partilerin mali denetiminin geç tamamlanması, hesap verebilirlik ilkesini etkisizleştirmekte ve geç tamamlanan mali denetim kararlarının kamuoyu nezdindeki önemi giderek azalmaktadır.²⁹ Siyasi partilerin mali denetimi

²⁷ Özkan Duvar, Ayşe. "Bireysel Başvuru Kararlarında Makul Sürede Yargılanma Hakkı", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 68, S. 1, 2019, s. 287.

²⁸ Şahin, İsmail. "Anayasa Mahkemesi Kararlarında Makul Sürede Yargılanma Hakkının İhlali", *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, S. 2019/1, 2019, s.252.

²⁹ Gençkaya, Ömer Faruk / Gündüz, Umut / Cihangir- Tetik, Damla. *Siyasetin Finansmanı ve Şeffaflık*, Altan Matbaacılık, Ankara, 2016, s. 32.

kararlarının biriktirilerek açıklanması, şeffaflık ve kamunun aydınlatılması ilkeleriyle de tam olarak bağdaşmamaktadır.³⁰

6111 sayılı Kanun ve AİHM'in ihlal kararının ardından siyasi partilerin mali denetimi ile ilgili eleştirilerin çoğu karşılanmasına rağmen siyasi partilerin mali denetimlerinin karara bağlanma süreleri ile ilgili bir gelişme olduğu söylenemez. Gerçekten de 1.10.2021 tarihi itibarıyla TBMM'de grubu bulunan beş siyasi partiden birinin 2016 ve sonrası, birinin 2017 ve sonrası, üç partinin ise 2018 ve sonrası yıllara ait mali denetim kararlarının AYM tarafından açıklanmamış olması bu hususu doğrulamaktadır.

Siyasetin finansmanı mekanizmalarını düzenleyen kurullarla ilgili olarak, ülkeler arasında daha fazla uyumlaştırılması yönünde bir uluslararası eğilim olmasına rağmen,³¹ 2003 yılında Avrupa düzeyinde parlamento dışı siyasi partilerin tanınması ve finansmanına ilişkin ilk düzenlemenin kabul edilmesi sürecinde yaşanan gelişmeler siyasetin finansmanı ile ilgili ulusal eğilimlerin önemine işaret etmesi açısından oldukça önemlidir.³² Siyasi partilerin mali denetimine ilişkin ülke örnekleri incelendiğinde her ülkenin kendi tarihsel, politik ve sosyal gelişim sürecine göre bu görev için farklı devlet organlarını görevlendirdiği görülmektedir.³³ Birçok demokratik ülkede, siyasi partilerin mali denetimi görevinin farklı kurumlarca yerine getirildiği bilinmektedir.³⁴ Avrupa Konseyi'ne üye yirmi sekiz ülkenin mevzuatı incelendiğinde siyasi partilerinin mali durumlarını kanunla kurulmuş belirli bir organ tarafından denetime tabi tutmalarına rağmen söz konusu organın türü, çok çeşitli denetleme modellerinin mevcut olduğu ve dikkate değer ölçüde değişiklik gösterdiği görülmektedir.³⁵

Ülkemizde siyasi partilerin mali denetiminin hangi organ tarafından yerine getirileceği hususu, üzerinde tartışma olan konulardan bir tanesidir. Siyasi partilerin mali denetimi görevini AYM'nin yerine getirmesini savunan görüşlerin yanında, bu görevin mali konularda uzman Sayıştay tarafından yerine getirilmesini savunan görüşler de mevcuttur. 2010 Anayasa değişikliği sürecinde siyasi partilerin mali denetimi görevinin Sayıştay'a verilmesini öngören değişiklik Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Kurulu'nda ikinci tur oylamada reddedilmiştir.³⁶ Siyasi partilerin mali denetimi görevinin AYM tarafından yerine getirilmesi çalışmada izah edilenler başta olmak üzere birtakım sakıncaları ihtiva etmektedir. Siyasi partilerin mali denetimi görevinin Sayıştay'a verilmesi durumunda Sayıştay'ın mali konularda kamu otoritesi merkezli teknik ve ayrıntılı denetim perspektifi de siyasi alanı daraltıcı nitelikte uygulamalara sebebiyet verme potansiyelini haizdir.

³⁰ Uslu, Ferhat / Yavuz Dalgıç, Melike. "Siyasi Partilerin Mali Denetimi: Anayasa Mahkemesi'nin 2019 Yılı Kararları Ekseninde Kısa Bir Analiz", *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 6, S. 2, 2020, s.308.

³¹ IDEA. *Funding of Political Parties and Election Campaigns: A Handbook on Political Finance*, Northern, Western and Southern Europe, D. R. Piccio, The International Institute for Democracy and Electoral Assistance, Stockholm, 2014, s.236.

³² Gagatsek, Wojciech. "Political Financing Regulation at the EU Level: The Conflict of National Traditions and Interests", *Working Paper Series on the Legal Regulation of Political Parties*, No. 14, 2011, s.2.

³³ Kaplan, Recep. "Bazı Yabancı Ülkelerde Siyasi Partilerin Mali Denetimini Yapan Kurumlar ve Türkiye Açısından Bir Değerlendirme", *Maliye Dergisi*, S.162, 2012, s.375-376.

³⁴ Topuzkanamış, Şafak Evran. "Anayasal Demokrasilerde Şeffaflığı Sağlamanın Bir Yolu Olarak Paranın Denetimi Ve Yönetimi", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 20, S.2, 2018, s.231.

³⁵ AİHM, Cumhuriyet Halk Partisi / Türkiye, (Başvuru no. 19920/13), 26.4.2016, § 48- 49.

³⁶ Özcan, Hüseyin / Yanık, Murat. *Siyasi Partiler Hukuku*, Gözden Geçirilmiş İkinci Basım, Der Yayınları, 2011, s 126.

2011 tarih ve 6216 sayılı Kanun ile siyasi partilerin mali denetiminde Sayıştay'dan yardım sağlayacağı belirtilmiştir. Bu çerçevede Sayıştay Başkanlığı bünyesinde sadece siyasi partilerin mali denetimi ile görevlendirilmiş, bir grup başkanı (uzman denetçi), iki başdenetçi ve bir denetçi olmak üzere, dört denetçiden müteşekkil “25. Grup Başkanlığı” adı altında özel bir birim kurulmuştur.³⁷ Siyasi partilerin mali denetimi ile ilgili Sayıştay'a birtakım sorumluluklar verilmesi denetimin etkinliğinin sağlanması yönünde önemli olmakla birlikte konuyla ilgili sorunların ortadan kalkmasını sağlayacak nitelikte olmadığı ifade edilebilir.³⁸

AYM İç Tüzüğü ve Sayıştay tarafından hazırlanan *Siyasi Partilerin Mali Denetimi Rehberi*³⁹ incelendiğinde siyasi partiler tarafından mali denetime ilişkin evraklar AYM'ye teslim edildikten sonra bu evraklar ilk inceleme için Sayıştay'a gönderilmektedir. Sayıştay ilk inceleme raporunu AYM'ye sunmasının ardından ilgili siyasi partiden görüşleri alınmaktadır. Bu görüş ve diğer belgeler esas inceleme için AYM tarafından Sayıştay'a gönderilmektedir. Sayıştay siyasi partinin mali denetimi ile ilgili rapor hazırladıktan sonra AYM'ye göndermekte ve AYM, siyasi partilerin mali denetimi ile ilgili kararını vermektedir. Sayıştay denetim sürecinde siyasi partilerin teşkilat durumları hakkında bilgi almak istediğinde veya tereddüte düştüğünde siyasi parti sicilini tutmakla görevli Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'ndan bilgi talep etmektedir. Özellikle birbiri ile gerek personel gerekse fonksiyonel ve hiyerarşik bağı olmayan birden çok kurumun aynı konunun farklı süreçleri ile yetkilendirilmesi, siyasi partilerin mali denetimi süresinin uzamasında bir etken olarak değerlendirilebilir.

Siyasi partilerin mali denetimi görevinin AYM'de veya başka bir yargı organında olması, onun hukuki içeriğini değiştirmeyecektir.⁴⁰ Siyasi partilerin mali denetimi yetkisinin seçimlerin yönetim ve denetiminden sorumlu olan Yüksek Seçim Kurulu'na verilmesi yabancı ülke uygulamaları ışığında dikkate değer bir seçenek olarak karşımıza çıkmaktadır.⁴¹ Yüksek Seçim Kurulu'nun tam zamanlı bir yapıya dönüştürülmesi halinde, siyasi partilerin mali denetimi ve halen Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından yerine getirilen siyasi partilerin sicilini tutma görevinin Yüksek Seçim Kurulu'na verilmesinin daha etkili bir süreç sağlayacağı değerlendirilmektedir.⁴² Gerçekten de siyasi partilerin mali denetimi ile ilgili 111 ülkenin mevzuatının incelendiği bir çalışmada, ülkelerin %63'ünde siyasi partilerin mali denetimi görevi seçimlerin yönetim ve denetimi ile ilgili kurum tarafından yerine getirildiğini göstermektedir.⁴³ Hali hazırda 6271 sayılı Cumhurbaşkanlığı Seçim Kanunu⁴⁴ hükümleri çerçevesinde Cumhurbaşkanlığı adaylarının bağış, yardım ve harcamalara ilişkin bilgi ve belgelerin incelenmesi ve varsa usulsüzlükleri ve öngörülen limitlerin aşılp aşılmadığını tespiti ve bağış ve yardımlardan belirtilen

³⁷ GRECO, *GRECO'nun 63. Genel Kurul Toplantısında Kabul Edilen Üçüncü Değerlendirme Aşaması Türkiye Hakkında İkinci Uygunluk Raporu Suç Haline Getirme / Parti Finansmanında Şeffaflık*, Avrupa Konseyi, Strazburg, 2014, s.19.

³⁸ Karakoç, Rıfat. “Türkiye’de Siyasi Partilerin Mali Denetimi”, *Sayıştay Dergisi*, S.109, 2018, s. 99.

³⁹ Sayıştay Başkanlığı, *Siyasi Partilerin Mali Denetimi Rehberi*, Ankara, 2015, s.8.

⁴⁰ Mehter, Hamdi, “Anayasa Mahkemesi’nin Mali Denetim İşlevi”, *Anayasa Yargısı*, C. 8, 1991, s. 447.

⁴¹ Kaplan, s. 375-376.

⁴² Güler, Fatih. *Seçimlerin Yönetim ve Denetiminde Görev Alan Kurumların Yapısal ve İşlevsel Sorunlarını Giderici Çözümler*, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2021, s.154.

⁴³ Tjernström, Maja / Katz Anna. *The Matrix of Political Finance Laws and Regulations*, International Institute for Democracy and Electoral Assistance, Stockholm, 2003, s.187.

⁴⁴ Çelik, Özlem. “Türk Hukukunda Cumhurbaşkanlığı Adaylarının Seçim Hesaplarının Denetimi”, *Yasama Dergisi*, S.25, 2013, s.35.

limiti aşan miktar ile harcanmayan kısmın Hazine'ye intikal ettirilmesi görevi Yüksek Seçim Kurulu'na aittir.

SONUÇ

AYM'nin siyasi partilerin mali denetimi ile ilgili performansı ile ilgili üç temel eleştiri söz konusudur. Birincisi, AYM'nin siyasi partilerin örgütlenme özgürlüğü ve takdir hakkını sınırlayacak nitelikteki kararlarıdır. İkincisi ise AYM'nin özellikle harcama belgeleri ile ilgili usul kurallarını önceleyen katı tutumudur. Bu iki eleştiri yukarıda ayrıntılı şekilde izah edilen 6111 sayılı Kanun ve AİHM'in ihlal kararının temelini oluşturmaktadır.

6111 sayılı Kanun öncesi dönemdeki hazineye irat kararı verilen siyasi parti mali denetimi karar sayısı 6111 sayılı Kanun döneminde ve AİHM'in ihlal kararı sonrası dönemde belirgin düzeyde azalmasının yanında, AYM'nin hazineye iradına hükmettiği miktarlarda da belirgin düzeyde azalma söz konusu olmuştur. Bu çerçevede AYM'nin siyasi partilerin mali denetiminin esası ile ilgili olarak yasa koyucunun iradesi ve AİHM'in içtihadı doğrultusunda paradigmatik bir değişikliğe gittiği söylenebilir. Bu paradigma değişimi sonucu AYM'nin siyasi partilerin mali denetimi ile ilgili içtihadının önceki dönemlerdeki yaptırım uygulamaya yatkın bir yaklaşımından ayrılarak daha sınırlı bir müdahale perspektifini benimseyen ve daha çok "raporlamaya" yakın bir yörüngeye oturduğu söylenebilir.

Üçüncü eleştiri ise AYM'nin siyasi partilerin mali denetimi ile ilgili kararlarını makul olarak kabul edilemeyecek sürelerde açıklamasıdır. Siyasi parti mali denetim kararlarının makul olarak kabul edilemeyecek sürelerde açıklanması, siyasi partilerin mali denetimi ile ilgili diğer sorunların aksine bu görevin hangi kurum tarafından yerine getirileceği ve bu kurumun organizasyonel kapasitesiyle ilgilidir. Bunun yanında AYM'nin siyasi partilerin mali denetim kararlarını açıklaması için kanuni bir azami sürenin öngörülmemiş olması da bir eksiklik olarak ifade edilebilir.

İki farklı organ tarafından denetim yapılması yerine siyasetin finansmanı ile ilgili kuralların uygulanmasından sorumlu tek bir organa yetki verilmesinin daha yerinde olacağı değerlendirilmektedir.⁴⁵ Siyasi partilerin mali denetimlerini yapacak yeteri kadar raportör istihdam edilmesi siyasi partilerin mali denetimi ile ilgili süre sorununu ortadan kaldırmasının yanında, AYM'nin bireysel başvuru ile artan iş yükünü azaltmasına katkı sağlayarak tam zamanlı bir yapıya kavuşmasıyla Yüksek Seçim Kurulu'nun asli görevleri ile ilgili daha etkili bir konuma geleceği değerlendirilmektedir.

Siyasi partilerin mali denetiminin makul sürede tamamlanmasını sağlanması için, siyasi partilerin mali denetimi görevi AYM'de olduğu süre içerisinde yeteri kadar Sayıştay kökenli raportörünün AYM'de istihdam edilmesi oldukça önemlidir.

2820 sayılı Kanun'da siyasi partilerin isim, amblem ve rumuzları ile ilgili hukuka aykırılıkların AYM tarafından karara bağlanması için otuz günlük azami bir yargılama süresinin belirlenmiş olup AYM'nin de terkin ile ilgili başvuruları otuz günlük süreyi göz önünde bulundurarak karara bağladığı görülmektedir.⁴⁶ AİHM içtihadı ile uyumlu olacak şekilde siyasi

⁴⁵ Çelik, 2010, s. 1359.

⁴⁶ Güler, Fatih. "Siyasi Partilerin İsim, Amblem Ve Rumuzlarının Siyasi Parti Sicilinden Terkin Edilmesi", *Yasama Dergisi*, S. 43, 2021, s.109.

partilerin mali denetimlerinin karara bağlanması için 2820 sayılı Kanun'a "siyasi partilerin mali denetimlerine ilişkin kararlar en geç mali denetime ilişkin evrakların teslim edildiği yılı takip eden takvim yılının sonuna kadar açıklanır" şeklinde bir hüküm eklenmesi düşünülmelidir.

KAYNAKÇA

Akyel, Recai. "Türkiye'de Siyasi Partilerin Hukuksal Konumları ve Denetimleri", *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, S. 12, 2018, s. 115-154.

Casal Bertoa, Fernando/ Molenaar, Fransje/ Piccio, Daniela R./Rashkova, Ekaterina. "The World Upside Down: De-Legitimizing Political Finance Regulation", *Working Paper Series on the Legal Regulation of Political Parties*, No. 30, 2013.

Çelik, Özlem. "Türk Anayasa Hukukunda Siyasi Partilerin Gelir Ve Giderlerinin Mali Denetimi", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 12, S. Özel, 2010, s. 1303-1362,

Çelik, Özlem. "Türk Hukukunda Cumhurbaşkanı Adaylarının Seçim Hesaplarının Denetimi", *Yasama Dergisi*, S.25, 2013, s. 17-37.

Erdem, Nazlı. " Siyasi Partilerin Finansmanı ve Mali Denetimi ", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Şeref ERTAŞ'a Armağan, C. 19, S. Özel, 2017, s. 3105-3145.

Gagatek, Wojciech. "Political Financing Regulation at the EU Level: The Conflict of National Traditions and Interests", *Working Paper Series on the Legal Regulation of Political Parties*, No. 14, 2011.

Gençkaya, Ömer Faruk / Gündüz, Umut / Cihangir- Tetik, Damla. *Siyasetin Finansmanı ve Şeffaflık*, Altan Matbaacılık, Ankara, 2016.

Greco, GRECO'nun 63. Genel Kurul Toplantısında Kabul Edilen Üçüncü Değerlendirme Aşaması Türkiye Hakkında İkinci Uygunluk Raporu Suç Haline Getirme / Parti Finansmanında Şeffaflık, Avrupa Konseyi, Strazburg, 2014.

Güler, Fatih. "Siyasi Partilerin İsim, Amblem Ve Rumuzlarının Siyasi Parti Sicilinden Terkin Edilmesi", *Yasama Dergisi*, S. 43, 2021, s.87-114.

Güler, Fatih. "Anayasa Mahkemesi Tarafından Siyasi Partilerin Mali Denetimi Sonucunda İctihadi Olarak Oluşturulan Yeni Bir Karar Türü: Kabul Edilmesinin Mümkün Olmaması", *Toplum, Ekonomi Ve Yönetim Dergisi*, C.2, S. 1, 2021, s.34-49.

Güler, Fatih. *Seçimlerin Yönetim ve Denetiminde Görev Alan Kurumların Yapısal ve İşlevsel Sorunlarını Giderici Çözümler*, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2021.

Idea. *Funding of Political Parties and Election Campaigns: A Handbook on Political Finance, Northern, Western and Southern Europe*, D. R. Piccio, The International Institute for Democracy and Electoral Assistance, Stockholm, 2014.

İba, Şeref. "Ülkemizde "Torba Kanun" ve "Temel Kanun" Uygulamaları", *Ankara Barosu Dergisi*, S. 2011/1, 2011, ss. 197-202.

Kaplan, Recep. "Bazı Yabancı Ülkelerde Siyasi Partilerin Mali Denetimini Yapan Kurumlar ve Türkiye Açısından Bir Değerlendirme", *Maliye Dergisi*, S.162, 2012, s.362-378.

Karakoç, Rıfat. "Türkiye'de Siyasi Partilerin Mali Denetimi", *Sayıştay Dergisi*, S.109, 2018, s. 79-102.

Mehter, Hamdi. "Anayasa Mahkemesi'nin Mali Denetim İşlevi", *Anayasa Yargısı*, C. 8, 1991, s. 441-468.

Odyakmaz, Zehra/ Çınarlı, Serkan/ Özcan, Cem. "Fransa'da ve Türkiye'de Seçim Kampanyalarının ve Siyasî Partilerin Finansmanının Denetimi", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.20, S.2, 2012, s.7-26.

Özcan, Hüseyin / Yanık, Murat. *Siyasi Partiler Hukuku*, Gözden Geçirilmiş İkinci Basım, Der Yayınları, 2011.

Özkan Duvan, Ayşe. "Bireysel Başvuru Kararlarında Makul Sürede Yargılanma Hakkı", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 68, S. 1, 2019, 287-336.

Sayıştay Başkanlığı, *Siyasi Partilerin Mali Denetimi Rehberi*, Ankara, 2015.

Şahin, İsmail. "Anayasa Mahkemesi Kararlarında Makul Sürede Yargılanma Hakkının İhlali", *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, S. 2019/1, 2019, s. 223-256.

Taşar, M.Okan. "Demokrasinin Finansmanı: Siyasi Partilerin Gelir Kaynakları", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi 20. Yıl Armağanı)*, C. 11, S.1-2, 2003, s. 341-351.

Timuş, Natalia. "The Impact of European Democracy Promotion on Party Financing in the East European Neighborhood", *Working Paper Series on the Legal Regulation of Political Parties*, No. 6, 2010.

Tjernström, Maja / Katz Anna. *The Matrix of Political Finance Laws and Regulations*, International Institute for Democracy and Electoral Assistance, Stockholm, 2003.

Topuzkanamış, Şafak Evran. "Anayasal Demokrasilerde Şeffaflığı Sağlamanın Bir Yolu Olarak Paranın Denetimi Ve Yönetimi", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 20, S.2, 2018, s. 213-238.

Türkiye Büyük Millet Meclisi - Genel Kurul Tutanağı, 23. Dönem 5. Yasama Yılı 64. Birleşim, 11 Şubat 2011 Cuma, s.47-53.

Uslu, Ferhat / Yavuz Dalgıç, Melike. "Siyasi Partilerin Mali Denetimi: Anayasa Mahkemesi'nin 2019 Yılı Kararları Ekseninde Kısa Bir Analiz", *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 6, S. 2, 2020, s. 281-312.

Uşan, M. Fatih. "Kanun Yapmak Bu Kadar Kolay Mı, Yahut Bu Kadar Zor Mu? (5510 Sayılı Kanun Uygulaması Çerçevesinde Bir Tesbit)", *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, S. 2016/1, 2016, s. 209-228.


Uzun, Cem Duran. *Siyasi Partilerin Finansmanı Devlet Yardımı, Sınırlamalar ve Mali Denetim*, Siyaset, Ekonomi ve Toplum Araştırmaları Vakfı, S. 110, Ankara, 2014.

Ünsal, Artun. *Siyaset ve Anayasa Mahkemesi (Siyasal Sistem Teorisi Açısından Türk Anayasa Mahkemesi)*, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları No:443, Ankara, 1980

Vernardakis, Christoforos. "The Financing Of Parties And Its Impact On Their Transformation From Institutions Of Social Representation To Institutions Of State Legitimization. The Case Of Greece", *Working Paper Series on the Legal Regulation of Political Parties*, No. 42, 2014.

Yücekök, Ahmet Naki. "Siyasi Partilerin Masraf Denetimi", *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, C. 27, S. 2, 1972, s. 65-81.

Vergisel Boyutuyla Ölüm Tazminatı

Erdem Utku ÇAKIR 

Arş. Gör. Dr., Bursa Uludağ Üniversitesi, Mali Hukuk Bölümü, eucakir@uludag.edu.tr,
(Sorumlu Yazar / Corresponding Author)

| Makale Bilgileri | Öz |
|--|--|
| Makale Geçmişi Geliş: 01.10.2021 Kabul: 23.12.2021 Yayın: 03.01.2022 | Maddi dünyadan ayrılışı simgeleyen ölümün, hukuk dünyasında birtakım sonuçları bulunmaktadır. Ölüm, gerçek kişiliği sona erdirdiği gibi, hizmet sözleşmelerinin de sona ermesine neden olur. Mülga Borçlar Kanunu'nda yer almayan, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ile getirilen bir hüküm uyarınca, işverenin, işçinin ölüm tarihinden başlayarak sağ kalan eşine, ergin olmayan çocuklarına, yoksa bakmakla yükümlü olduğu kişilere ödeme yapma yükümlülüğü bulunmaktadır. İşçinin son çıplak ücreti esas alınarak yapılan söz konusu ödeme, bazı mali sonuçları da beraberinde getirmektedir. |
| Anahtar Kelimeler: Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesi, İşçinin Ölümü, Ölüm Tazminatı, Verginin Konusu, Veraset ve İntikal Vergisi. | Çalışmanın ilk bölümünde, "ölüm tazminatı" olarak isimlendirilen ödemenin hukuki niteliği tartışılarak, ödeme şartları, miktarı, hak sahipleri konuları açıklanacak; ödemenin hak sahipleri arasındaki taksiminin nasıl yapılacağı gibi sorulara cevap aranacaktır. İkinci bölümde ise, ölüm tazminatının seçilmiş bazı vergiler karşısındaki durumu, mevzuat, yargı kararları ve idarenin görüşleri ışığında açıklanmaya çalışılacaktır. Sosyal devlet niteliğinin hayata geçirilmesi doğrultusunda, kanuna dayanan yükümlülük gereği ödenen ölüm tazminatının, bilhassa hak sahiplerinin nezdinde, işçinin ölümüyle ortaya çıkan üzüntünün ve olası maddi kayıpların bir nebze dindirilmesini amaçladığı düşünüldüğünde, verginin konusu dışında bırakılması uygun düşecektir. |

Death Compensation with its Tax Dimension

| Article Info | Abstract |
|--|--|
| Article History Received: 01.10.2021 Accepted: 23.12.2021 Published: 03.01.2022 | Death, which symbolizes separation from the physical world, has some consequences in the field of law. Death causes the termination of service contracts as well as ending the real personality. Pursuant to a provision introduced by the Turkish Code of Obligations numbered 6098, which is not included in the abolished Code of Obligations, the employer has an obligation to make a payment to the surviving spouse, minor children, or dependents, starting from the date of death of the employee. The said payment, which is made on the basis of the last bare wage of the worker, brings some financial consequences. In the first part of the study, the legal nature of the payment called "death compensation" will be discussed and the payment terms, amount, beneficiaries holders will be explained; Questions such as how the payment will be divided among the beneficiaries will be answered. In the second part, the situation of death compensation against some selected taxes will be tried to be explained in the light of legislation, judicial decisions and the views of the administration. Considering that the payment made in accordance with the obligation based on the law in line with the realization of the social state character, aims to alleviate the sadness and possible financial losses caused by the death of the worker, especially in the eyes of the beneficiaries, it would be appropriate to exclude it from the subject of the tax. |
| Keywords: Termination of Service Contract, Death of Employee, Death Compensation, Tax Subject, Inheritance and Transfer Tax. | |

Atıf/Citation: Çakır, E. U. (2022). "Vergisel Boyutuyla Ölüm Tazminatı", *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 5(1), s. 16-40.

Plagiarism: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. // This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.



"This article is licensed under a [Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/). (CC BY-NC 4.0)"

GİRİŞ

Doğumla başlayan yaşam döngüsü ölümle sona ermektedir. Gerek biyolojik gerekse de varoluşsal olarak maddi dünyanın terkedilmesi anlamına gelen ölüm; doğum gibi doğal bir durum olmakla birlikte insanoğlu tarafından doğum kadar kolay kabullenemez. Ölen kimse bakımından madden bir yok oluşu simgelese de, ölümün geride kalanlara yönelik birtakım sonuçları bulunmaktadır. Hısımları ve sevenlerince yaşanması muhtemel duygular (üzüntü, yoksunluk, depresyon) içtimai hayat açısından önem taşır. Toplum, yas halindeki bu kimselere bir süre zarfında hoşgörülü davranarak günlük yaşamın getirdiği kimi sorumlulukları üzerlerinde atmalarına müsaade etmektedir¹. Paralel biçimde özel sektör ve idare, kanunlarda belirlenen yakınlıkta kimseleri kaybeden çalışanları, yine kanunla belirlenmiş sürelerle, işlerini yapmalarından muaf tutmaktadır. 4857 sayılı İş Kanunu ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nda "mazeret izni"² olarak somutlaşan bu müsamaha dışında hukuk düzeni, ölüme ekonomik sonuçlar da bağlamaktadır. Bunlardan en bilineni, 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun (SSVGSSK) 32. maddesi uyarınca ölüm sigortasından sağlanan haklardan birisi olan ölüm aylığı bağlanmasıdır.

Ölüm, kişilerin irade ve istekleri dışında oluşan sosyal risklerin başında gelmektedir. Ölüm dışında kaza, malullük, yaşlılık, hastalık ve işsizlik gibi olumsuz durumların, bunlara maruz kalanların ve geçindirmekle yükümlü oldukları kişilerin üzerlerindeki gelir azaltıcı ve harcama artırıcı etkilerini en aza indirmek sosyal güvenlik sisteminin başlıca amaçları arasında yer almaktadır. Bu ve benzeri amaçların hayata geçirilebilmesi için devletçe, sosyal güvenlik kuruluşları oluşturularak kişilerin asgari yaşam düzeylerinin korunmasını amaçlanmaktadır³. Ölüm aylığı, Anayasa'nın 60. maddesinde güvence altına alınan "*sosyal güvenlik hakkı*"nın bir yansımasıdır. Anayasa Mahkemesi'ne göre bu ödeme esasen, doğrudan sigortalıya ilişkin bir ödeme olmayıp, "*Kanun koyucunun sosyal güvenlik konusuna geniş bir yaklaşımının sonucu sigortalının ölümü ile aranan koşulların sağlanması halinde sigortalının geride kalan hak sahipleri açısından getirdiği bir ödemedir*"⁴.

Sosyal güvenlik mevzuatı dışında kalmakla birlikte, hukuk sistemimizde aynı amaç ve doğrultuda yapılan ödemelerden bir diğeri de ölüm tazminatıdır. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun (TBK) "Özel Borç İlişkileri" başlıklı İkinci Kısımında yer alan "*İşçinin ölümü*" başlıklı 440. maddesi şu şekildedir:

"Sözleşme, işçinin ölümüyle kendiliğinden sona erer. İşveren, işçinin sağ kalan eşine ve ergin olmayan çocuklarına, yoksak bakmakla yükümlü olduğu kişilere, ölüm gününden başlayarak

¹ Turhan, Ezgi Hazal. "Ölüm Sosyolojisi Ekseninde Ölüm Kaygısı ve Koronavirüs", *Habitus Toplumbilim Dergisi*, C. 2 S. 2., 2021, s. 85-101.

² İş Kanunu Ek Madde 2: İşçiye; ... ana veya babasının, eşinin, kardeşinin, çocuğunun ölümü hâlinde üç gün ücretli izin verilir.

Devlet Memurları Kanunu m. 104: Memura, ... eşinin, çocuğunun, kendisinin veya eşinin ana, baba ve kardeşinin ölümü hâlinde isteği üzerine yedi gün izin verilir.

³ Anayasa Mahkemesi E. 2006/111 K. 2006/112 RG 30.12.2006/ 26392 (Lexpera Yeni Nesil Hukuk Bilgi Sistemi) E.T. 07.05.2021

⁴ Anayasa Mahkemesi'nin 09.09.2015 tarihli ve 2013/8032 başvuru numaralı kararı (Lexpera Yeni Nesil Hukuk Bilgi Sistemi) E.T. 07.05.2021

bir aylık; hizmet ilişkisi beş yıldan uzun bir süre devam etmişse, iki aylık ücret tutarında bir ödeme yapmakla yükümlüdür.”

Hukuk sisteminde, bilhassa sosyal güvenlik alanında, bu türde ödemelere rastlanması, Kanun koyucunun Anayasal bir emir olarak “sosyal devlet”⁵ niteliğinin gerçekleştirilmesini gözettiğinin göstergesidir. Ancak parasal bir edim niteliği olması nedeniyle, kamu hizmetlerini finanse edebilmek için kaynak arayışında olan devletin, söz konusu ödemeleri mercek altına alması, olası bir çatışma alanını gündeme getirebilmektedir. Hali hazırda vergilendirme de sosyal devletin, sosyal adaletin gerçekleştirilmesinde, gelirin ve servetin yeniden dağıtılmasında özendirici birtakım tedbirler alırken kullandığı araçlar arasında yer alır⁶. Aynı amaç doğrultusunda ayrı araçların karşı karşıya geldiği bir alanı değerlendirirken, vergilendirmenin kamu hizmetlerinin finanse edilmesi olarak beliren geleneksel amacı dışında, bazı sosyal amaçlarının da bulunduğu hiçbir zaman göz ardı edilmemelidir. Zira gelir dağılımında adaletin sağlanması başta olmak üzere, eşitsizliklerin giderilmesi yoluyla toplumun bütününe yansıtacak bir sosyal sistemin inşasında, teşvik edici vergi politikaları, vergi indirim ve istisnaları kullanılmaktadır⁷.

Çalışanlara “tazminat” adı altında yapılan ödemeler, iş hukuku başta olmak üzere Türk hukuk sisteminde önemli yere sahiptir. Söz konusu ödemelere nasıl hak kazanılacağından, ödemenin tutarı ve mali sonuçlarına kadar uygulamada tartışmalar bulunmakta, bu hususlar çeşitli yargı organları önünde uyuşmazlıklara konu olmaktadır. İlk kez 2012’de TBK ile uygulamaya alınan ölüm tazminatı da bu tartışmalardan nasibini almaktadır. Çalışmada, işçinin ölümü nedeniyle yapılan bu ödemeye ışık tutularak, düzenlemenin unsurları ve sonuçları incelenmeye çalışılacaktır. İlk bölümde, ölüm tazminatı uygulamasında hak sahiplerinin kim olduğu tespit edilerek, yapılacak ödemenin tutarı ve paylaşılmasında izlenmesi gereken yol ortaya konulacaktır. Daha sonra, yapılan ödemenin mali sonuçları üzerinde durulacak ve seçilen vergiler karşısındaki sonuçları belirlenecektir. Uygulamada karşılaşılan aksaklıklar belirlenerek bu sorunların nasıl çözülmesi gerektiği konusunda fikirler beyan edilecektir.

I. Ölüm Tazminatı ve Hukuki Niteliği

Ölümün sonlandırıcı etkisi hukuk düzeninde de kendisini göstermektedir. Her şeyden önce ölüm, sağ ve tam doğumla başlayan gerçek kişiliğe son verir. Zira 4721 sayılı Türk Medeni Kanun’un (TMK) “Doğum ve ölüm” başlıklı 28. maddesine göre, “*Kişilik, çocuğun sağ olarak tamamıyla doğduğu anda başlar ve ölümle sona erer.*”. Sanığın ölümü halinde 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 64. maddesi gereğince kamu davasının düşürülmesine karar verilirken⁸;

⁵ Sosyal devlet tanımı Anayasa Mahkemesi tarafından, kapsamlı bir şekilde“ ferdin huzur ve refahını gerçekleştiren ve teminat altına alan, kişi ve toplum arasında denge kuran, emek ve sermaye ilişkilerini dengeli olarak düzenleyen, özel teşebbüsün güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayan, çalışanların insanca yaşaması ve çalışma hayatının kararlılık içinde gelişmesi için sosyal, iktisadî ve malî tedbirler olarak çalışanları koruyan, işsizliği önleyici ve millî gelirin adalete uygun biçimde dağılmasını sağlayıcı tedbirler alan adaletli bir hukuk düzeni kuran ve bunu devam ettirmeye kendini yükümlü sayan, hukuka bağlı kararlılık içinde ve gerçekçi bir özgürlük rejimini uygulayan devlet” olarak yapılmıştır. Anayasa Mahkemesi E.1963/336 K. 1967/29 RG 27.09.1967 (Lexpera Yeni Nesil Hukuk Bilgi Sistemi) E.T. 07.05.2021

⁶ Üstün, Ümit Süleyman. “Vergi Hukuku ile İlgili Anayasal İlkeler”, *SÜHFD*, C. 11, S. 1-2, 2003, ss. 251-271.

⁷ Sevinçhan, Ezgi. “Sosyal Devlet İlkesini Gerçekleştirmeye Yönelik Vergi Araçları” 6. *Genç Vergi Hukukçuları Sempozyumu Bildiri Kitabı*, ss. 181-203.

⁸ “Dosya kapsamına göre, Orhangazi 1. Asliye Ceza Mahkemesi'nin 27.11.2018 tarihli kararından evvel, sanığın 24.10.2018 tarihinde vefat ettiği anlaşılmakla, mahkemesince 5237 Sayılı Kanun'un 64. maddesi gereğince sanık

hükümlünün ölümü, aynı maddenin ikinci fıkrasına göre, hapis ve henüz infaz edilmemiş adli para cezalarını ortadan kaldırır. Ölüm, kimi sözleşmelerin de hukuk dünyasındaki varlıklarına son vermektedir.

TBK’da ölümün sözleşmeleri kendiliğinden sona erdirmesiyle ilgili genel bir hüküm bulunmamakla birlikte; bazı sözleşme tipleri özelinde, ölümün sonuçlarının hüküm altına alındığı göze çarpmaktadır. Örneğin, TBK m. 385’e göre “*kullanım ödünçü sözleşmesi, ödünç alanın ölmesiyle kendiliğinden sona erer.*” Keza eser sözleşmeleri de yüklenicinin şahsi nitelikleri göz önünde tutularak yapılmışsa, onun ölümüyle TBK m. 486 uyarınca kendiliğinden sona erer. Ölümün sözleşmelerin hukuk dünyasındaki varlığına herhangi bir irade açıklamasına gerek kalmaksızın kendiliğinden son verdiği örneklerden bir başkası da hizmet sözleşmeleridir. TBK m. 440’ın ilk cümlesinde bu husus “*Sözleşme, işçinin ölümüyle kendiliğinden sona erer.*” şeklinde hüküm altına alınmıştır. Ölümün nasıl etki gösterdiğini daha iyi kavrayabilmek açısından hizmet sözleşmelerine yakından bakmakta fayda vardır.

A. Hizmet Sözleşmeleri

1. Kurulması ve Hükümleri

Hukuk sistemimizde iş ilişkileri TBK başta olmak üzere, İş Kanunu, 854 sayılı Deniz İş Kanunu ve 5953 sayılı Basın İş Kanunu gibi kanunlarda düzenlemiştir. Bu kanunların yanı sıra, iş mevzuatında iş ilişkilerini konu alan sözleşmelerin adı hususunda bir görüş birliği bulunmamaktadır. Mülga Borçlar Kanunu ve SSVGSK’da “hizmet akdi”, Basın İş Kanunu’nda “iş akdi” kavramı kullanılırken; İş Kanunu “iş sözleşmesi”, TBK ise “hizmet sözleşmesi” kavramlarını tercih etmektedir. Özellikle iş sözleşmesi ve hizmet sözleşmesi, kavramsal olarak iki farklı tip sözleşme gibi görünse de aralarında bir nitelik farkı bulunmayıp, aynı hukuki kurumu ifade eden terimlerdir⁹.

Hizmet sözleşmesi, TBK m. 393’te, “işçinin işverene bağımlı olarak belirli veya belirli olmayan süreyle iş görmeyi ve işverenin de ona zamana veya yapılan işe göre ücret ödemeyi üstlendiği bir sözleşme” olarak tanımlanmıştır. Gerek bu tanım, gerekse İş Kanunu’nda ve yargı kararlarında yapılan tanımlara da bakılarak hizmet sözleşmesinin, işçinin iş görmesi, işverenin ücret ödemesi ve işçi ile işveren arasında bağımlılık unsurlarını bünyesinde barındıran bir sözleşme olduğu sonucuna ulaşılmaktadır. Öğretide bağımlılık unsuruna vurgu yapılarak, hizmet sözleşmesini diğer iş görme borcu içeren sözleşmelerden (eser sözleşmesi, vekâlet sözleşmesi gibi) ayıran karakteristik bir unsur olduğunun altı çizilmektedir¹⁰. Bağımlılık, işçinin belirli ya da belirsiz bir süre, işverenin direktifleri doğrultusunda ve onun denetimi altında çalışmasını ifade eder¹¹. Hizmet sözleşmesinin kurulmasıyla işçi ile işveren arasında doğan bağımlılık ilişkisi kişisel

hakkında düşme kararı verilmesi gerektiği gözetilmeksizin, yazılı şekilde karar verilmesinde isabet görülmemiştir.” YARGITAY 16. CEZA DAİRESİ E. 2019/8000 K. 2019/5938 T. 04.10.2019 (Kazancı İçtihat Bankası) E.T. 07.05.2021

⁹ Mollamahmutoglu, Hamdi / Astarlı, Muhittin. *İş Hukuku*, 5. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2012, s. 295.

¹⁰ Mollamahmutoglu/Astarlı, s. 311.; Akyiğit, Ercan. *İş Hukuku*, 13. Baskı., Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 102.

¹¹ Zevkliler, Aydın / Gökyayla, Emre. *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 13. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2013, s. 423. Sümer, Haluk Hadi. “İş Sözleşmesinin Bağımlılık Unsuru”, *Sicil İş Hukuku Dergisi*, Y. 5, S. 19, 2010, s. 63-73

ve hukuki bir bağımlılıktır¹². Hukuki/kişisel bağımlılığın sonuçları ise; işverenin işçiye emir ve talimat verme yetkisi ve işçinin işverenin emir ve talimatlarına uyma borcu olarak belirir.

Hizmet sözleşmeleri, TBK m. 1'deki genel hüküm gereği, diğer bütün sözleşmeler gibi, tarafların iradelerini *"karşılıklı ve birbirine uygun olarak"* açıklamalarıyla kurulur. Kanunda aksine bir düzenleme bulunmadıkça herhangi bir şekilde bağlı olmayan hizmet sözleşmesi bu nedenle rızai sözleşmeler kategorisine dâhildir. Bununla birlikte, kimi durumlarda işçiye olası olumsuzluklara karşı bir güvence sağlamak amacıyla, kanun bazı hallerde yazılı şekil şartını öngörmektedir¹³.

Yargıtay da geçerli bir hizmet sözleşmesinin varlığının *"tarafların ehliyet ve varsa geçerlilik şekline uyma koşullarının gerçekleşmesi, sözleşmenin emredici hukuk kurallarına, kişilik haklarına, kamu düzenine ve ahlâka aykırılık taşımaması, sözleşme konusunun imkânsız bulunmaması"* şartlarına bağlı olduğunu ifade etmiştir¹⁴.

Hizmet sözleşmeleri, edimin ifası bakımından bir diğerine borç yükleyen, karşılıklı borç doğuran sözleşme özelliği taşırlar. Başka bir deyişle taraflardan her birinin edimi diğerinin karşılığını oluşturur. Bu tip sözleşmelerde edimler birbiriyle değiştirilmektedir. Bu özellikleri nedeniyle hizmet sözleşmeleri tam iki taraf borç yükleyen sözleşmeler kategorisine girer¹⁵. Ayrıca hizmet sözleşmeleri ivazlı sözleşmelerdendir. Ücret, sözleşmenin temel unsurlarından olup, onu, ivazsız vekâlet sözleşmesi başta olmak üzere birçok benzeri sözleşmeden ayırmaya yarar.

2. Sona Ermesi

Hizmet sözleşmesi, taraflardan birinin veya her ikisinin beyanıyla sona erebileceği gibi hayatın olağan akışı içinde gelişen birtakım gelişmeler neticesinde kendiliğinden de son bulabilir. Hizmet sözleşmesinin sona ermesi ve sonuçları TBK m. 430 ila 447. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Söz konusu düzenlemeler ışığında, hizmet sözleşmesinin sona erme halleri; fesih yoluyla sona erme halleri ve fesih dışında sona erme halleri olmak üzere ikiye ayrılabilir¹⁶. Bu ayrıma göre;

Fesih yoluyla sona erme halleri; belirsiz süreli hizmet sözleşmesinin fesih bildiriyle sona erdirilmesi, hizmet sözleşmesinin haklı sebeple sona ermesi ve işverenin ödeme güçsüzlüğüne düşmesi nedeniyle sözleşmenin sona ermesi

Fesih dışında sona erme halleri; hizmet sözleşmesinin geçersizliği, tarafların anlaşmasıyla sözleşmenin sona ermesi, belirli süreli hizmet sözleşmesinde sürenin sona ermesi, işçinin veya işverenin ölümü

¹² Mollamahmutoğlu./Astarlı, s. 311.; Sümer, s. 69.

¹³ Örneğin İş Kanunu m. 8/2 gereği, süresi bir yıl ve daha fazla olan iş sözleşmelerinin yazılı şekilde yapılması zorunludur. Ayrıca bu belgelerin damga vergisi ve her türlü harç ve resimden istisna tutulduğu, yine aynı fıkra hükmüne bağlanmıştır.

¹⁴ YARGITAY 22. HUKUK DAİRESİ E. 2011/12951, K. 2012/16944, T. 13.07.2012 (Legalbank Elektronik Hukuk Bankası) E.T. 11.05.2021

¹⁵ Eren, Fikret. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 13. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2013, s. 211.; Oğuzman, M. Kemal / Öz, M. Turgut. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 14. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2016, s. 45.

¹⁶ Yürekli, Sabahattin. *Türk Borçlar Kanunu'na Göre Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesi*, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016, s. 104.

olarak sayılabilir.

İkinci grup sona erme sebeplerinin bazılarının, herhangi bir fesih bildirimine ihtiyaç duyulmaksızın kendiliğinden sözleşmeye son vereceği, bizzat kanun koyucu tarafından hüküm altına alınmıştır. Örneğin, TBK m. 430' göre *“belirli süreli hizmet sözleşmesi, aksi kararlaştırılmadıkça, fesih bildiriminde bulunulmasına gerek olmaksızın, sürenin bitiminde kendiliğinden sona erer¹⁷.”*

Taraflarca önceden kararlaştırılmış bir zaman aralığının sonuna gelinmesi dışında, hizmet sözleşmesine kendiliğinden son veren bir başka sebep ise ölümdür. Sürenin dolması öngörülebilir bir durum olmakla, aksine bir irade olmadıkça, belirli süreli hizmet sözleşmesi belirsiz süreliye dönüştürülebilir. Ancak ölüm, öngörülemeyen bir kendiliğinden sona erme sebebidir. Ölümle hizmet sözleşmesinin sona ermesinin, sözleşmenin hangi tarafının, bir başka deyişle işçinin veya işverenin mi öldüğüne göre değerlendirilmesi icap eder.

a) İşçinin Ölümü

İşçinin ölümü halinde hizmet sözleşmesi tereddütsüz biçimde kendiliğinden sona erecektir. Bu sonuç, TBK m. 440/1'deki amir hüküm gereğidir. Kaldı ki hizmet sözleşmelerinde, işçinin iş görme borcu bizzat yerine getirilmesi gereken, şahsi bir edim özelliği taşır. Şahsi (kişisel) edim, borçlunun bedeni veya fikri bir güç ve emek sarf etmek suretiyle yerine getirmek olduğu edimi ifade eder¹⁸. Şahsi edim içeren sözleşmelerde borçlunun kişiliği ön planda olup, edimin ifasının borçlu tarafından bizzat yerine getirilmesi gerekir. Bu nedenle borçlu, edimini şahsen yerine getiremeyecek bir duruma düşerse (fiil ehliyetini kaybetme gibi), imkânsızlık nedeniyle borcun sona ereceği kabul edilmelidir¹⁹.

Hizmet sözleşmesi yapılırken işveren, işçinin mesleki bilgisi, tecrübesi gibi objektif vasıfların yanında, mizaç, ahlak ve adabı gibi bir takım sübjektif vasıfları da dikkate alabilir²⁰. Sözleşmenin kurulmasına birincil derece etki eden bir nokta olması nedeniyle işçi, taahhüt ettiği iş görme edimini kural olarak kendisi ifa etme zorunluluğu altındadır. Bu husus TBK m. 395'te *“sözleşmeden veya durumun gereğinden aksi anlaşılmadıkça, işçi yüklendiği işi bizzat yapmakla yükümlüdür.”* şeklinde hüküm altına alınmıştır. Bu nedenle, aksi bir sözleşmeden veya durumun

¹⁷ “Sözleşmelerin incelenmesinde davacının çadır dikim ustası olarak çalışacağı belirtilmiş olup sözleşmenin diğer hükümlerinin incelenmesinde ve davalının yaptığı işin niteliği de gözetildiğinde, sözleşmenin belirli süreli yapılmasını gerektirir belirli bir işin tamamlanması veya belirli bir olgunun ortaya çıkması gibi objektif şartların bulunduğu anlaşılmaktadır. Bu sebeple taraflar arasındaki iş sözleşmesinin belirli süreli olarak kabul edilmesi gerekir. Davacının belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışması halinde işe iade davasının şartlarının oluşmadığı kabul edildiğinden davanın reddine karar verilmelidir. Yanılgılı değerlendirme ile yazılı şekilde karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.” YARGITAY 22. HUKUK DAİRESİ E. 2016/15765, K. 2016/17746, T. 14.06.2016; “iş akdinin belirli süreli yapılmasını gerektirecek objektif nedenler bulunmadığından sözleşme, belirsiz sürelidir ve davacı da kıdem ve ihbar tazminatını talep etme hakkına sahiptir. Dinlenen davacı tanıklarının ortak beyanlarından, davacının iş akdinin hiçbir haklı neden olmadan, sadece ihale süresinin dolmuş olması nedeniyle sona erdirildiği anlaşılmaktadır. Bu nedenle davacının kıdem ve ihbar tazminatı talebinin kabulüne karar vermek gerekirken yazılı şekilde reddine karar verilmesi hatalı olup, bozma nedenidir.” YARGITAY 7.HUKUK DAİRESİ E. 2014/7708, K. 2014/12728, T. 09.06.2014 (Legalbank Elektronik Hukuk Bankası) E.T. 11.05.2021

¹⁸ Eren, s. 105;

¹⁹ Eren, s. 106.

²⁰ Mollamahmutoğlu, Astarlı, s. 355.

gereğinden anlaşılmadıkça işçi, bir başkasını kendi yerine ikame edemeyeceği gibi, ölümü halinde iş ilişkisine mirasçılırlarıyla devam edilemez²¹.

Ölüm, TMK m. 30 uyarınca “*nüfus sicilindeki kayıtlarla*” ispat olunur. Nüfus sicilinde bir kaydın bulunmaması halinde veya var olan kaydın doğruyu yansıtmadığı anlaşılırsa, gerçek durum “*her türlü kanıtla*” ispat edilebilir. TMK’nın ölümün ispatını kolaylaştırmak yönünden getirdiği karineler bakımından da gerçek anlamda ölümle arasında fark bulunmamaktadır²². Örneğin, TMK m. 31’de hüküm altına alınan ölüm karinesine göre bir kimse, ölümüne kesin gözle bakılmayı gerektiren durumlar içinde kaybolursa, cesedi bulunamamış olsa bile gerçekten ölmüş sayılır. Ölümüne kesin gözle bakılmayı gerektiren durumlar içinde ortadan kaybolan kişinin cesedi bulunamamış olsa bile, o yerin en büyük mülkî amirinin emriyle kütüğe ölü kaydı düşürülür. Burada önemli olan nokta, kişinin cesedinin bulunamamasına sebep olan olayın, kesin olarak ölüm sonucunu doğuracak nitelikte olmasının gerektiğidir²³. O halde işçi, savaş hali, bir geminin batması veya uçağın havada infilak etmesi gibi ölüm karinesine esas olabilecek bir olayda kaybolur ve cesedine de ulaşamazsa, olayın meydana geldiği an itibariyle ölmüş sayılacağından, hizmet sözleşmesi de bu anda kendiliğinden son bulur.

Ölüm karinesi dışında, kimi zaman, kişinin içinde kaybolduğu durum, ölümüne kesin sayılacak bir durum olmamakla birlikte, o kişinin hayatta mı yoksa ölü mü olduğuna ilişkin bir şüphe yaratır. Bu şüpheli durumun, malvarlığı hakları başta olmak üzere yarattığı sakıncalı durumların bertaraf edilebilmesi için gaiplik müessesesi uygulanmaktadır²⁴. TMK’da yer alan gaiplikle ilgili hükümler bir bütün olarak değerlendirildiğinde, bir kişinin gaipliğine karar verilebilmesi için ölüm tehlikesi içinde kaybolma²⁵ ya da uzun süreden beri haber alınmama şartlarından birinin bulunması ve belirli sürelerin geçmesi gerekir. Söz konusu şartlar mevcut olsa dahi, gaiplik kendiliğinden, yani kanundan ötürü gerçekleşmez. Hakları bu ölüme bağlı bulunan kimselerden birinin başvurusu üzerine, görevli ve yetkili mahkemenin gaiplik kararı vermesi gerekir²⁶. TMK m. 45 ve 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu’nun 35. maddesi uyarınca, “*gaiplik kararları, mahkemelerce on gün içinde o yerin nüfus müdürlüğüne bildirilir ve nüfus memurlarınca ölüm kütüğüne kaydolunur.*” Sonuç olarak gaiplik kararı verilmesiyle ölüm arasında hizmet sözleşmesine son vermesi bakımından fark bulunmamaktadır. Zira TMK m. 35’e göre “*ölüme bağlı haklar, aynen gâibin ölümü ispatlanmış gibi kullanılır.*” Sözleşmenin sona

²¹ Mollamahmutoglu, Astarlı, s. 713.; Akyiğit, s. 178.; Yürekli, s. 155.; “bir kimsenin ölümü ile mal varlığının bir bütün olarak mirasçılara geçmesini ifade eden külli halefiyet gereğince, mirasbırakanın kişisel özelliklerinin ağır bastığı, düşünsel ve bedeni özellik ve yetenekleri göz önünde bulundurularak yapılmış, borcun bizzat miras bırakan tarafından yerine getirilmesi gereken şahsi edim borçları dışında, malvarlığından ifa durumunda olunan maddi edim borçları mirasçılara intikal eder.” YARGITAY HUKUK GENEL KURULU, E. 2008/235, K. 2008/248, T. 12.03.2008 (Lexpera Yeni Nesil Hukuk Bilgi Sistemi) E.T. 17.05.2021

²² Tokkaş, Sevde Bulun. “İş İlişkisinde Tarafların Ölümünün Bireysel İş Hukukuna Etkisi”, *SÜHFD*, C. 29, S. 1, 2021, s. 179-217.

²³ Dural, Mustafa. *Türk Medeni Hukukunda Gerçek Kişiler*, 3. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1987, s. 27.

²⁴ Dural, s. 31.

²⁵ “Ortadan kaybolma kişinin yaşadığı çevreden kaybolarak hayatta olup olmadığının kesin olarak belirlenememesini ifade eder. Kanunun açık hükmüne göre, iki şekilde gaiplik kararı istenebileceği kabul edilmiştir; ölüm tehlikesi içinde kaybolma ve çoktan beri kendisinden haber alınmama. Ölüm tehlikesinin, kişinin muhakkak surette ölü olduğu anlamına gelmediği; eğer ölüm muhakkak surette ise gaiplik kararına değil ölüm karinesine dayanılması gerektiği her türlü duraksamadan uzaktır.” YARGITAY HUKUK GENEL KURULU E. 2007/276, K. 2007/278, T. 16.05.2007 (Lexpera Yeni Nesil Hukuk Bilgi Sistemi) E.T. 17.05.2021

²⁶ Yılmaz, Süleyman / Yıldırım, Abdülkerim. *Medeni Hukuk I*, 1. Baskı., Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020, s. 115.

erme anı ise gaiplik kararının verildiği değil, ölüm tehlikesinin gerçekleştiği veya işçiden son haberin alındığı gündür. Bu durumun hukuki dayanağı, TMK m. 35/2'dir. İlgili hükme göre *gaiplik kararı, ölüm tehlikesinin gerçekleştiği veya son haberin alındığı günden başlayarak hüküm doğurur*²⁷.

b) İşverenin Ölümü

İşçinin ölümünden farklı olarak, işverenin ölümünün iş sözleşmesine etkisi, sözleşmenin işverenin kişiliğine bağlı olarak yapılıp yapılmadığına göre farklılık göstermektedir. Kural olarak işverenin ölümü halinde, TBK m. 441/1 hükmü ve külli halefiyet ilkesi gereği, hizmet sözleşmelerinden doğan hak ve borçlar işverenin mirasçısına geçer. Bu durumda işyerinin tamamının veya bir bölümünün devri ile gerçekleşen hizmet ilişkisinin devrine ilişkin hükümler kıyas yoluyla uygulanır. Söz konusu geçiş, mirası reddetmemiş ve mirastan çıkarılmamış mirasçılar bakımından gündeme gelecektir. Ayrıca işveren sıfatı, mirasçılar bir kişiden fazlaysa, mirasçılarının tümüne birden ait olacaktır²⁸. TBK m. 428'in kıyasen uygulanmasının bir başka sonucu ise, işyerinde veya bir bölümünde mevcut olan hizmet sözleşmelerinin bütün hak ve borçları ile birlikte mirasçılara geçmiş sayılmasıdır. O halde, işverenin kişiliği dikkate alınmadan yapılan hizmet sözleşmelerinin mirasçılarla devam etmesi konusundaki düzenlemeler, sözleşmenin işverenden daha çok işyeri temel alınarak yapıldığını göstermektedir. Aksi takdirde sözleşmenin devam etmesi mümkün olmayacaktır.

Hizmet sözleşmesinin yapılmasında işverenin kişiliği belirleyici bir unsur olmuş, onun kişiliği temel alınarak yapıldıysa, işverenin ölümü sözleşmeyi de sona erdirecektir²⁹. Bu sonuca TBK m. 441/2'de yer verilen "*Hizmet sözleşmesi ağırlıklı olarak işverenin kişiliği dikkate alınmak suretiyle kurulmuşsa, onun ölümüyle kendiliğinden sona erer.*" düzenlemesiyle ulaşılmaktadır. Kaldı ki, bu hüküm olmasa bile sözleşme hukukunun genel teorisi uyarınca da eğer taraflardan biri, karşı tarafın kişiliğini sözleşmenin esaslı unsurlarından biri olarak kabul ederek, sözleşmenin ancak karşı tarafla devam edeceği yönünde bir hüküm koydurmuşsa, karşı tarafın ölümü sözleşmeyi sona erdirir.

Hizmet sözleşmelerinde genelde işçinin kişisel özellikleri ön plandadır. Ancak kimi sözleşmelerde; işçi, iş görme borcu altına girerken, işverenin kişiliğini belirleyici olarak kabul ederek, onun şahsi özelliklerini nazara almak suretiyle sözleşmeye taraf olur. Onun dışında yerine bir başkasının geçmesini istemez, iş ilişkisinin belirlediği işverenle devam etmesini arzu eder. Örneğin; hasta olan kimseye bakmak üzere işe alınmış bir hemşire veya doktorla yapılan sözleşmede karşı tarafın "hasta" olması, kişiliğini ön plana çıkaran bir özellik olarak kabul edilir³⁰. Bilhassa iş görme edimi boyunca birlikte uzunca vakit geçirilen, bilgi birikiminin ve tecrübenin aktarılmasının esas olduğu kimi hizmet sözleşmelerinde aynı durumun oluştuğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Alanında uzman bir aşçının asistanı sıfatıyla onun emir ve talimatları uyarınca

²⁷ "Gaiplik kararı ölüm tehlikesinin gerçekleştiği veya son haberin alındığı günden başlayarak hüküm doğurur. Bu nedenle gaiplik kararının geçmişi etkili sonuç doğurmaktadır. Gaiplik kararına ilişkin dava dosyası incelenerek gaip Sümbül'ün gaip olduğu tarih saptanmalı ve bu tarihten itibaren gaibin ve Hazine'nin haklarını korumakla yükümlü olduğu gözetilmek suretiyle hüküm kurulmalıdır." YARGITAY 3. HUKUK DAİRESİ, E. 2007/21195, K. 2008/1852, T. 12.02.2008 (Kazancı İçtihat Bankası) E.T. 18.05.2021

²⁸ Akyiğit, Ercan "Ölüm ve İş İlişkisindeki Yeni Sonuçları", *Sicil İş Hukuku Dergisi*, Y. 6, S. 22, 2011, s. 32-46.

²⁹ Mollamahmutoglu, Astarlı, s. 716.

³⁰ Yürekli, s. 71.; Akyiğit, s. 41.

iş görmek üzere, aşçının sahibi olduğu işletmede işe başlayan kimsenin ücret faktöründen daha öncelikli olmak üzere, işverenin sahip olduğu kişisel özellikleri sözleşmenin karşı tarafını seçerken temel saik olarak belirlediği söylenebilir.

B. Ölüm Tazminatı

1. Hukuki Niteliği

TBK'nın yürürlüğe girmesiyle birlikte, mülga Borçlar Kanunu'nda bulunmayan bir yenilik olarak, işçinin ölümü halinde işverene, kanunla belirlenmiş bir tutarı, yine kanunda belirtilen kimselere ödeme yükümlüğü getirilmiştir. Kanunun gerekçesinde, madde düzenlenirken kaynak İsviçre Borçlar Kanunu'nun 338. maddesinin göz önünde tutulduğu belirtilmiştir.

İşçinin ölümünden sonra işverene yüklenen ödemenin, işçiyi gözetme borcunun sözleşme sonrasına etkisi olarak kabul edilmektedir³¹. İş ilişkilerinde, işverenin ücret ödeme borcundan sonra bir diğer önemli borcu da işçiyi gözetme borcudur. Gözetme borcunun, işçinin işverene sadakat borcunun karşılığı olduğu söylenebilir³². Ayrıca gözetme borcu, hizmet sözleşmesinin sürekli borç ilişkisi doğurma niteliğiyle de açıklanabilmektedir³³. Gerçekten de sürekli borç ilişkilerinde, taraflar arasında kişisel bir ilişki kurulur. İşverene bağımlı olarak çalışan ve verdiği talimatlara iş ilişkisinin bir parçası olarak uygun hareket etmek durumunda olan işçinin, işverence korunmasındaki gereksinim açıktır³⁴.

İşçinin iş görmesiyle başlayan koruma ve gözetme borcu, kural olarak, iş ilişkisi devam ettiği müddetçe sürer. Sınırlı da olsa ileriye etkili yükümlülükler de mevcuttur. Örneğin, işverenin işçisiyle olan yakın ilişkisi sebebiyle edindiği bilgileri saklama mecburiyetinin ve bilgi verme borcunun sözleşmenin sona ermesine rağmen devam ettiğini söylemek mümkündür. İşçinin ölümü halinde, kanunda sayılan yakınlarına yapılacak ödemenin de koruma ve gözetim olarak değerlendirilmesi oldukça isabetlidir.

TBK m. 440 uyarınca yapılan ödeme, kanunda "tazminat" olarak adlandırılmamaktadır. Başka bir deyişle, mevzuatımızda *ölüm tazminatı* kavramı kullanılmamaktadır. Nitelik olarak tazminatı doğrudan karşılamamakla birlikte, iş hukuku mevzuatı başta olmak üzere, vergi hukuku ve ticaret hukuku uygulamalarında "tazminat" adı altında yapılan ödemelere sıkça rastlanılmaktadır. 2629 sayılı Uçuş, Paraşüt, Denizaltı, Dalgıç ve Kurbağa Adam Hizmetleri Tazminat Kanunu'nda hüküm altına alınan, uçuş, dalış veya atlayış tazminatları bu çerçevede örnek olarak verilebilir. 193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu (GVK) m. 61'de bu türden ödemelerin tazminat adıyla yapılması, bunların mahiyetini değiştirmeyecek ve ücret sayılacaktır. Oysaki ücret ve tazminat birbirinden farklı kavramlardır. Tazminat, hukukun başta gelen kavramlarından olup, esasında "*maddi veya manevi zarara karşılık ödenen bedel; zarar ödencesi*" şeklinde tanımlanır³⁵. Zarar kavramıyla, suç ve ceza gibi, birbirini tamamlayan tazminat, hem sözleşmeden doğan sorumlulukta hem de haksız fiilden doğan sorumlulukta öngörülmüş bir müeyyidedir. Temelde

³¹ Yürekli, s. 158.; Akyiğit, s. 34.

³² Mollamahmutoğlu, /Astarlı, s. 637.

³³ Ulsan, İlhan. *İşverenin İşçiyi Gözetme Borcu*, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul, 1990, s. 3.; Mollamahmutoğlu, /Astarlı, s. 637.; Akyiğit, s. 207.

³⁴ Ulsan, s. 2.

³⁵ <https://sozluk.adalet.gov.tr/tazminat>

tazminatın amacı, “malvarlığındaki eksilmenin giderilmesi ve malvarlığının eski durumuna getirilmesinin sağlanması”dır³⁶. Sorumluluk hukukunda TBK m. 50 gereği aranan, “zarar görenin zararı ispat etmesi” kuralı, işçinin ölümü üzerine yapılan ödemede söz konusu olmaz. İşveren, kanun gereği, hiçbir şart ileri sürmeden, ölüm tazminatını işçinin eşine ve çocuklarına ödemekle yükümlüdür. Ancak işçinin ölümünün, eşi ve çocuklarına doğuracağı zararın ispat edilmesi aranmasa dahi; bir zararın var olduğu inkâr edilemez bir gerçektir. Bu ödemeye kanun koyucu, bilhassa ölümün hemen sonrasında oluşan ekonomik kayıplarının kısa sürede giderilmesini isteyerek, bir anlamda, hak sahiplerinin geri kalan hayatlarına dezavantajlı olarak başlamalarını istememiş olarak düşünülebilir. Tüm bu nedenlerle TBK m. 440 hükmü gereği yapılan ödemeyi, iş hukuku ve vergi hukuku uygulamasında da alışlageldiği üzere “tazminat” olarak nitelendirmenin ve adlandırmanın yanlış olmadığı kanaatindeyiz.

2. Uygulanma Alanı

Ölüm tazminatının uygulanma alanı, iş ilişkileri düzenleyen genel ve özel kanunlar göz önünde bulundurulmak suretiyle belirlenmelidir. İş Kanunu’nun “*istisnalar*” başlıklı 4. maddesinde sayılanlar dışında kalan bütün işyerlerine, bu işyerlerinin işverenleri ile işveren vekillerine ve işçilerine faaliyet konularına bakılmaksızın İş Kanunu uygulanır. Deniz İş Kanunu ve Basın İş Kanunu, iş ilişkilerini düzenleyen diğer özel kanunlardır. İş Kanunu, diğer iki özel iş kanununa göre genel kanun niteliğinde olmamakla birlikte, uygulanma kapsamı genel olan bir kanundur³⁷. Dolayısıyla bu üç özel iş kanununun kapsamına girmeyen iş ilişkilerinin, TBK hükümlerine tabi olacağını söylemek yanlış olmayacaktır. O halde, doğrudan TBK hükümlerine tabi işçiler bakımından ölüm tazminatının uygulanacağı konusunda şüphe bulunmamaktadır.

4857 sayılı İş Kanunu ve Deniz İş Kanunu hükümleri incelendiğinde ölüm tazminatı niteliğinde bir ödemeye rastlanılmamaktadır. TBK ile söz konusu iş kanunları arasında genel kanun-özel kanun ilişkisi olduğu düşünüldüğünde, işçinin ölümü halinde geride kalanlara yapılacak ödemeye ilişkin bir hüküm ihtiva etmeyen bu kanunlara tabi iş ilişkilerine de TBK m. 440 uygulanmalıdır. Dayanak hüküm TMK m. 5’ e göre, TMK’nın ve TBK’nın genel nitelikli hükümleri, uygun düştüğü ölçüde tüm özel hukuk ilişkilerine uygulanır. O halde İş Kanunu’nda ve Deniz İş Kanunu’nda bulunmadığı için genel hüküm niteliğindeki TBK m. 440, bu kanunlara tabi iş ilişkilerine de uygulanır.

Basın İş Kanunu’nun uygulandığı iş ilişkileri bakımından ise bir boşluğun varlığından bahsedilemez. Zira söz konusu kanunun “ölüm tazminatı” başlıklı 18. maddesinde, gazetecinin ölümü sebebiyle iş akdinin sona ermesi halinde ölüm tazminatı verileceği açıkça düzenlenmiştir. Dolayısıyla Basın İş Kanunu çerçevesinde, TBK m. 440 ile aynı nitelikte bir düzenleme olduğundan, öncelikle özel hüküm niteliğindeki Basın İş Kanunu m. 18 uygulanacak; aynı olay (gazetecinin ölümü) nedeniyle işverenin işçinin aynı konumdaki yakınlarına farklı ölçekte ama

³⁶ “Zarar, mal varlığında meydana gelen bir azalmayı yani eksilmeyi ifade eder. Bu eksilme, mal varlığının zarar verici eylemin işlenmesi sonucu içine düştüğü durum ile bu eylem olmasa idi mal varlığının bulunacak olduğu durum arasındaki farktan ibarettir. Nitekim tazminatın amacı da mal varlığındaki eksilmenin giderilmesi ve onun eski duruma getirilmesinin sağlanmasıdır.” YARGITAY 4. HUKUK DAİRESİ, E. 1997/7385, K. 1997/11975, T. 15.12.1997 (Lexpera Yeni Nesil Hukuk Bilgi Sistemi) E.T. 20.05.2021

³⁷ Mollamahmutoğlu/Astarlı, s. 48.

aynı temele ve mantığa dayanan iki ayrı ödemede bulunulmayacaktır³⁸. Bilindiği gibi “*lex specialis derogat legi generali*” ilkesi, özel kanun genel kanunu ilga eder. Aynı düzeyde ve konuda iki kanun hükmü varsa, özel hüküm uygulanır, genel hüküm niteliğinde olan ihmal edilir³⁹. Genel hüküm koyan irade, özel kanuna bir hüküm koyarak, belirli bir şeyi veya durumu koyduğu genel hükümden ayrı tutmak istemiştir. Tüm bu nedenlerle, TBK m. 440 gereği yapılan ödeme, Basın İş Kanunu’nun kapsamındaki iş ilişkilerinde uygulama alanı bulmaz.

3. Şartları

TBK m. 440 hükmü bir emredici hukuk kuralıdır. Emredici hukuk kuralları, kendilerine mutlak surette uyulmaları gereken; tarafların aksine anlaşma yapamayacakları ve kendi iradeleriyle bu kuralları bertaraf edemeyecekleri hukuk kurallarıdır⁴⁰. Bir kuralın emredici olup olmadığı, çok defa hükmün ifadesinden açıkça anlaşılabilir. TBK’da “*İşveren... bir ödeme yapmakla yükümlüdür*” şeklinde yer alan düzenlemenin, koruma amacıyla yapıldığı da göz önünde bulundurulduğunda, mutlak emredici niteliği konusunda tereddüt bulunmamaktadır⁴¹. Ancak ödemenin yapılacak aşamaya geldiği süreçte tekemmül etmesi gereken konular bulunmaktadır.

a) Geçerli Bir Hizmet Sözleşmesinin Bulunması

Ödeme yükümünden bahsedilebilmesi için öncelikle, işçinin ölümüyle başkaca bir işlem gerekmez, kanundan ötürü kendiliğinden sona ermesinden söz edilecek geçerli bir hizmet sözleşmesi bulunmalıdır. Daha önce de belirtildiği üzere, diğer bütün sözleşmeler gibi, hizmet sözleşmeleri de tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarıyla kurulurlar. Hizmet sözleşmesi kurulduğu halde, işçinin henüz iş görmeye başlamadan ölmesi ihtimali dâhilinde bir değerlendirilme yapılırsa, ölüm tazminatının ödenmesi bakımından nasıl bir sonuca ulaşılması gerekir? Örneğin, sözleşme için aranan şartları haiz bir işçi, sözleşmenin yapılmasından sonra ve fakat iş görme edimine başlamadan evvel (işe başlamadan önce gerekli eğitimleri almak üzere yolculuk ederken) ölürse, işveren tazminatı ödeme yükümü altına girer mi? Kanaatimizce, sözleşmeler hüküm ve sonuçlarını kurulma anıyla birlikte doğurmaya başlayacağından, işçinin iş görme borcunu ifa edemeden ölmesi halinde hükümde belirtilen kimseler ölüm tazminatına hak kazanırlar. İş Kanunu başta olmak üzere, diğer kanunlarda sözleşmenin kurulma, hüküm ve sonuçlarını doğurma anıyla ilgili özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Zira genel bir hükme istisna getirme yetkisi, genel hüküm koyan makama aittir. Genel hüküm koyma yetkisine sahip makam ayrıca ve açıkça istisna öngörmemişse, o hükmün bir istisnası yoktur⁴². Dolayısıyla işçi, bir gün çalıştıktan sonra öldüğünde nasıl bu tazminatı almaya hak kazanıyorsa, iş görmeden ölmesi halinde de işveren bakımından ödeme yükümlüğünün doğması gerektiği kanaatindeyiz⁴³.

Ancak TBK m. 394/2’de “*Bir kimse, durumun gereklerine göre ancak ücret karşılığında yapılabilecek bir işi belli bir zaman için görür ve bu iş de işveren tarafından kabul edilirse,*

³⁸ Akyiğit, s. 39.; Mollamahmutoğlu/Astarlı, s. 715.

³⁹ Gözler, Kemal. *Hukuka Giriş*, 13. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2016, s. 344.

⁴⁰ Gözler, s. 235.

⁴¹ Bulun, s. 192.

⁴² Gözler, s. 298.

⁴³ Mollamahmutoğlu ve Astarlı, fiili iş ilişkisi başlamamış işçinin ölümü halinde, bu ödemenin söz konusu olmaması gerektiğini ileri sürmektedir. Bunu, hangi kanunda yer alırsa yer alsın, iş ilişkisini düzenleyen kuralların, işçinin iş görmeye başlamasıyla uygulama alanı bulmasına bağlamaktadırlar. Mollamahmutoğlu/ Astarlı, s. 714.

aralarında hizmet sözleşmesi kurulmuş sayılır.” düzenlemesi yer almaktadır. İş görmenin, belirleyici ve diğerlerine nazaran ağır basan unsur olduğu hizmet sözleşmelerinde, taraflar önceden konuşup anlaşmamış olsalar bile bundan önce görülmüş bir işe işveren tarafça sonradan onay verilmesinin de bir kurulma seremonisi olarak hukuken kabul edildiği anlaşılmaktadır. O halde, ücret karşılığında yapılabilecek bir işi belirli bir zaman içinde gören işçi, işverenin açık bir şekilde onay vermesinden sonra ölürse, aralarında geçerli bir hizmet sözleşmesinin kurulması nedeniyle ölüm tazminatına hak kazanır. Onay verilmeyen durumlar bu kapsama dâhil edilmemelidir⁴⁴.

Tartışmaya değer bir başka husus da TBK m. 394’ün son cümlesidir. Buna göre; *“Geçersizliği sonradan anlaşılan hizmet sözleşmesi, hizmet ilişkisi ortadan kaldırılınca kadar, geçerli bir hizmet sözleşmesinin bütün hüküm ve sonuçlarını doğurur.”* Hizmet sözleşmesi, kuruluşunda geçerlilik koşullarından birini taşıyorsa genel hükümlere göre müeyyidesi geçersizlik olacaktır. Geçersizlik, kural olarak, hukuki işlemi geçmişe etkili şekilde hükümsüz kılan bir müeyyidedir⁴⁵. Ancak iş sözleşmesinin kanunda öngörülen geçersizlik hallerinin bulunması halinde baştan itibaren hüküm ve sonuç doğurmayacağını kabul etmekle doğru bir sonuca varılmış olmaz. Bu nedenle 818 sayılı Borçlar Kanunu döneminde dahi kanunda bu yönde hüküm bulunmamasına karşın, iş sözleşmesinde geçersizliğin geriye yürümeyeceği yargı kararlarıyla da ısrarlı biçimde kabul edilmiştir. TBK’nın yürürlüğe girmesiyle birlikte bu durum “de jure” bir hal almıştır. O halde geçersizlik en baştan değil, taraflardan birinin öne sürdüğü andan itibaren geleceğe yönelik etkili olacaktır⁴⁶. Konuyla ilgili bir örnek vermek gerekirse; iş sözleşmesiyle ilgili irade beyanını karşı taraf işverene sunduğunda yaş küçüklüğü nedeniyle ilgili sözleşmeyi yapma ehliyetine sahip olmayan bir işçinin hizmet sözleşmesi devam ederken öldüğünü düşünelim. Böyle bir durumda ölüm tazminatı ödeme yükümlülüğü doğacak mıdır? Bu soruya verilecek cevabın olumlu olması gerektiği kanaatindeyiz. Çünkü TBK m. 394’teki açık hüküm gereği geçersizliği sonradan anlaşılmış olsa bile ölüm anına kadar geçerli bir hizmet sözleşmesinin bütün hüküm ve sonuçlarını doğuracağından, işçi lehine yorum ilkesinin de göz önünde bulundurulmasıyla ölüm tazminatına hak kazanılacağı anlaşılmaktadır⁴⁷.

⁴⁴ “Somut olayda davalı TMSF tarafından, Tasfiye Komisyonunun sadece tasfiye işlerini yapmak üzere görevlendirildiği anlaşılmaktadır. Komisyonun tüzel kişiliği yoktur. TMSF adına işlem yapmaktadır. Komisyonun yetkisini aşarak yaptığı işlemlerin vekâletsiz iş görme hükümlerine tabi olacağı açıktır. Dosya içeriğine göre davalı TMSF tarafından komisyonun yetkisini aşarak davacı ile iş ilişkisi kurmasına sonradan icazet verildiğine dair bilgi ve belge bulunmamaktadır. Bu durumda iş sözleşmesinin geçersiz olarak kurulduğu sonucuna varılmaktadır.” YARGITAY 22. HUKUK DAİRESİ, E. 2011/18524, K. 2012/9992, T. 16.05.2012 (Legalbank Elektronik Hukuk Bankası) E.T. 20.05.2021

⁴⁵ Gözler, s. 381.

⁴⁶ “Somut olayda davacının devamsızlık yaptığı tarih itibarıyla akıl hastası olduğu Adli Tıp Kurumu raporu ile sabittir. Buna göre iş sözleşmesi davacının akıl hastalığına yakalanması ile geçersiz hale gelmiştir. Ne var ki, geçersizlik yukarıda da belirtildiği gibi ileriye etkili sonuç doğurur. Davalı şirket ile davacı arasında sonradan geçersiz hale gelen iş sözleşmesinin feshinden ve dolayısıyla iş güvencesi hükümlerinin uygulanmasından söz edilemez. Başka bir anlatımla geçersiz hale gelen sözleşmenin feshi olmaz. Zira geçersizlikle sözleşme zaten sona ermiştir. Buna göre davanın reddi gerekirken yazılı gerekçe ile kabulü hatalıdır.” YARGITAY 22. HUKUK DAİRESİ, E. 2011/12951, K. 2012/16944, T. 13.07.2012 (Legalbank Elektronik Hukuk Bankası) E.T. 22.05.2021

⁴⁷ “İş Kanunlarının ve işçi sigortaları kanunlarının kabulündeki ilk gaye, işçinin menfaatlerini korumak olmasına, belki işte çalışması yaşı veya kadın olması itibarıyla veya işin ağır işlerden bulunması gibi sebeplerle yasak olan bir kimsenin (velevki hilesiyle durumunu saklayarak) işçi sıfatını kazanmış olması halinde butlan sebebinin taraflardan birisi ileri sürüncüye kadar işçi sayılmasının ve işçinin sağladığı hak ve yetkilerden ve bu arada sigortalı olma hakkından istifade etmesinin İş Kanunu ve işçi sigortaları kanunlarının kabul edilmiş gayesine uygun ve bunun aksine olan düşüncenin kanunun gayesine aykırı olacağına ve iş aktinin hükümsüz olmasını gerektiren bir hukuk kaidesinin

b) Sözleşmenin Ölümle Sona Ermiş Olması

Adını tazminata veren ölüm olgusu gerçekleşmedikçe, işverenin ödeme yapma yükümlüğünün doğduğundan bahsedilemez. Başka bir deyişle, TBK m. 440 uyarınca yapılan ödemenin gündeme gelebilmesi için hizmet sözleşmesi, işçinin ölümüyle kendiliğinden sona ermiş olmalıdır. İkale veya fesih gibi nedenlerle sona eren hizmet sözleşmelerinde ölüm tazminatı uygulaması yer bulmaz.

Çalışmanın konusunu teşkil eden ölüm tazminatı, işçinin ölümü halinde yapılan ödemedir. İşverenin ölümünün sözleşmeye etkisi ve sonuçları farklılaşmaktadır.

Gerçek ölüm dışında, ölüm karanesi neticesinde işçinin nüfus kütüğüne ölü kaydının düşülmesi veya gaip olduğuna dair hâkim kararının bildirilmesi üzerine ölü sayılması halleri de aynı hukuki sonuçları doğurur.

Ölüm tazminatının kazanılmasında, ölüm şekline bağlı çeşitli görüşler bulunmaktadır. Bir görüşe göre her ölüm, her hâlükârda ölüm tazminatını ödenmesini gerektirmeyip, işçinin ölümünün hangi şartlar altında gerçekleştiğinin nazara alınması icap eder. Söz gelimi işçinin ölümü, güvenlik kuvvetleriyle çatışma, işyeri veya başka bir yeri kundaklama, işverenin meşru savunma halinde olması gibi şekillerde gerçekleşmişse, işverenin böyle bir tazminat ödeme yükümlülüğü doğmaz⁴⁸. Bir diğer görüşe göre ise işçinin ölümüne yol açan şartların önemi yoktur; kendi kusuru neticesinde ölmesi, hatta intihar etmesi halinde bile ölüm tazminatı ödeme yükümlülüğü doğmaktadır⁴⁹.

Kanaatimizce de ölüm tazminatını hüküm altına alan TBK m. 440'ta ölüm hadisesi yer almakla birlikte, ölümün biçiminden veya şartlarından bahsedilmemektedir. Dolayısıyla meydana geliş biçimi ne olursa olsun işçinin ölümü hizmet sözleşmesini kendiliğinden sona erdirecektir. Hükmü koyarken kanun koyucu ayırım yapmaksızın genel ifadeler kullanmışsa mümkün olan en genel anlamı çıkarmak gerekir. Zira *Ubi lex non distinguit neque interpretis est disitinguere* ilkesi uyarınca, kanunun ayırma gitmediği yerde, yorumcu da ayırım yapamaz⁵⁰. Eğer kanun koyucu ölüm tazminatının ödenmesini ölümün hangi şekilde meydana geldiğine göre şart koysaydı bunu istisnalar şeklinde hükme eklerdi.

aktin hükümsüz sayılmasıyla korumak istenilen kimsenin aleyhine neticeler verecek şekilde tatbikinin kanunun gayesine uygun olarak tefsiri lazım geldiği yollu hukuk kaidesine aykırı düşeceğine ve 255 sayılı tefsir kararıyla Türkiye Büyük Millet Meclisi dahi batıl olan iş aktinin muteber bir akit gibi işçi lehine hukuki neticeler doğurması gerekeceğini kabul etmiş olmasına göre Ticaret Dairesinin içtihadı kanunun ruhuna uygun ve doğrudur. Yaşı veya kadın oluşu gibi sebeplerle herhangi bir işte çalışması yasak bulunan işçinin yasağa rağmen çalıştırılmış olması halinde işçi sayılacağına ve bundan dolayı işçi sigortaları kanunlarının işçilere tanıdığı haklardan istifade edeceğine, 18.6.1958 tarihli birinci toplantıda ittifakla karar verildi.” YARGITAY İÇTİHADI BİRLEŞTİRME GENEL KURULU E. 1957/20 K. 1958/9 T. 18.6.1958 (Kazancı İçtihat Bankası) E.T. 22.05.2021

⁴⁸ Mollamahmutoğlu/Astarlı, s. 714.

⁴⁹ Yürekli, s. 156.; Korkusuz, Mustafa Halit. *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Düzenlenen Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesinin Sonuçları ve 4857 Sayılı İş Kanunu'na Tabi İşçilere Etkisi*, Beta Basım Yayın, Ankara, 2017, s. 87.

⁵⁰ Gözler, s. 300.

c) Geride sağ kalan eş ve ergin olmayan çocuklar, yoksa bakmakla yükümlü kimseler bulunması

Ölüm tazminatının şartlarından bir diğeri, işçinin ölümü anında geride eşi, ergin olmayan çocukları veya bunlar yok ise bakmakla yükümlü kimseler bulunmasıdır. Sayılan türden kimse bulunmadığı takdirde, işveren herhangi bir ödeme yükümlülüğü altına girmez.

4. Hak Sahipleri

İşçinin ölümüyle birlikte sona eren hizmet sözleşmelerinde, işveren bakımından kanunen bir ödeme yükümlülüğü doğarken, diğer taraftan bu ödemeyi hak kazananlar bakımından talep hakkı doğar. Ölüm tazminatının düzenlendiği hükümde, talep hakkına sahip olanlar açıkça sayılmaktadır. Bunlar; işçinin sağ kalan eşi ve ergin olmayan çocukları ile bunlar yoksa bakmakla yükümlü olduğu kimselerdir.

a) Sağ Kalan Eş

İşçinin ölümünün ardından sağ kalan eşi, tazminata hak kazanan kimselerin başında gelmektedir. Eğer işçinin ergin olmayan çocuğu da bulunmuyorsa bu ödemeyi tek başına talep edebilecektir.

TMK başta olmak üzere, mevzuatımızda “eşi” tanımlayan bir hüküm bulunmamakla birlikte, doktrinde sağ kalan eşten, işçinin ölümü anında aralarında geçerli ve resmi bir evlilik bağı olan kimse anlaşılması gerektiği yönünde görüş birliği bulunmaktadır⁵¹. Nişanlılık, birlikte yaşama olgusu, dini nikâha bağlı ortak yaşam sürdürme gibi sebepler talep hakkı doğurmayacaktır⁵². Boşandığı eşiyle sonradan barışmış ve ölüm tarihinde aynı evi paylaşıyor olması da o kimseye talep hakkı vermez⁵³. Buna karşılık, her nasılsa evlenme sırasında başka kişiyle evli bulunan kadın ya da erkek işçinin ölmesi halinde, geride kalan eş evlenirken iyi niyetliyse, TMK m. 158 gereği evlenme ile kazanmış olduğu kişisel durumu korunacağından, işveren her iki eşe de ödeme yapmakla yükümlüdür. Keza işçinin, boşanma davası sürerken ölmesi veya haklarında ayrılık kararı verilmiş olması sağ kalan eş bakımından talep hakkını ortadan kaldırmayacaktır. Sağ kalan eşin fiil ehliyetinin bulunmaması, sosyo-ekonomik durumu vb. etmenler de ödeme yapılıp yapılmayacağı konusunda dikkate alınmaz⁵⁴.

b) Ergin Olmayan Çocuklar

Ölüm tazminatını talep edecekler arasında ikinci olarak işçinin ergin olmayan çocukları gelir. Ergin olmayan çocuklar sağ kalan eşle birlikte, sağ kalan eş bulunmadığı takdirde tek başlarına bu ödemeye hak kazanırlar.

Hükümde yaş belirtilmeyerek ergin olma durumu esas alınmıştır. Bu nedenle, gerek on sekiz yaşın doldurulmasıyla başlayan erginlikle, gerekse de kişinin evlenmeyle ergin kılınması halinde ergin çocuğun talep hakkı ortadan kalkar. Keza, “kazai rüşd” olarak da bilinen, TMK m. 12 gereği küçüğün mahkeme kararıyla ergin kılınması hali de kapsam dışında bırakılmıştır. Kanun

⁵¹ Akyiğit, s. 35; Yürekli, s. 162.

⁵² Baskan, Ş. Esra. “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Ölümün Hizmet Sözleşmesine Etkisi ve Yeni Bir Tazminat: Ölüm Tazminatı”, *TBB Dergisi*, S. 104, Y. 2013, s. 55-72.

⁵³ Bulun, s. 193.

⁵⁴ Akyiğit, s. 36.

koyucunun işçinin geride kalan bütün çocukları yerine sadece ergin olmayan çocuklarını kapsama alması hükmün ratio legisi ile açıklanabilir bir durum teşkil eder. Ancak ergin olmakla birlikte, işçinin tam ehliyesiz olan veya bazı engelleri nedeniyle dezavantajlı grupta yer alan ergin çocuklarının tazminattan yararlanamaması, hükmün en çok eleştirilen yanlarından biri olarak görülmektedir.

İşçinin ergin olmayan çocuğunun evlilik içi veya evlilik dışı oluşu önem arzetmez. Ayrıca, işçinin ölümünün ardından geriye evlatlığı kalmışsa ergin olmamak koşuluyla ona da ödeme yapılması icap eder⁵⁵. Zira TMK m. 500’de evlatlığın ve altsoyunun, evlat edinene *kan hısımları gibi* mirasçı olacağı hüküm altına alınmıştır.

c) Bakmakla Yükümlü Olduğu Kimseler

Bu grupta yer alan kimseler, işçinin sağ kalan eşi ve ergin çocuklarının bulunmaması koşuluyla ödemeyi talep hakkına sahip olurlar. Bu husus TBK m. 440’da “yoksa” sözcüğüyle ifade bulunmaktadır. O halde, işçi öldüğünde geride sağ kalan eşi tek başına veya ergin olmayan çocuklarıyla birlikte kalmışsa, işverenler bunlardan başka herhangi bir kişiye ödeme yükümlülüğü altına girmemiş olacaktır.

Hükümde “bakmakla yükümlü olduğu kimseler” zikredilmekle birlikte bunlardan kimlerin anlaşılacağı konusunda açıklık bulunmamaktadır. TMK, TBK gibi genel kanunlarda bir tanıma yer verilmediği anlaşılmaktadır. 5510 sayılı SSVGSSK’nın 3. maddesinin 7. fıkrasında ise bakmakla yükümlü olduğu kişi; sigortalının eşi, evli olmayan çocukları ve anne-babası olarak tanımlanmaktadır. Doktrinde, yorum yapılırken bu özel hükümden yararlanılabileceği gibi, hüküm içi boşluğun TMK m. 364/1’le de doldurulabileceği ifade edilmektedir⁵⁶.

Öncelikle lafzi bir yorumla kanun koyucunun bir yükümlülükten söz etmesi nedeniyle, bakmakla yükümlü olmanın kanundan veya kazai karardan kaynaklanması gerektiğini düşünmekteyiz. Kanaatimizce bu hüküm içi boşluk, tek tek sayma yerine kanun koyucu tarafından bilerek bırakılmıştır. O halde işçinin geride sağ kalan eşi ve/veya ergin çocukları bulunmadığı takdirde, TMK m. 364/1 esas alınarak, altsoy, üstsoy ve kardeşlerin ödemeyi talep edebileceği söylenebilir. İşçinin ölümü anında -örneğin bir mahkeme kararıyla- bakım yükümlülüğü elde etmiş kimselerin de bu kapsamda değerlendirilmeleri doğru olacaktır.

Bu nedenlerle, işçi fiilen yıllardır bakıyor bile olsa, gayri resmi hayat arkadaşı, eşinin başkasından olan çocukları, kuzenleri gibi kimseler ölüm tazminatı talep edemezler. Hükmün esas amacı düşünüldüğünde hakkaniyetli görünmeyen bu sonuç, ölüm tazminatı uygulamasının problemlili alanlarından bir başkasını teşkil etmektedir.

5. Ödenecek Miktar ve Hak Sahipleri Arasındaki Taksimi

Ölüm tazminatının, işverenin kusurundan ve geride kalanların zararından bağımsız, işçinin ölüm şekline veya sebebine bağlı olmayan, kanundan kaynaklanan götürü nitelikte bir ödeme olduğu hususunda görüş birliği bulunmaktadır⁵⁷. Gerçekten de ölüm tazminatı; hak kazanılması için kıdem aranmaması, ödemeyi talep edecek olanların işçinin desteği olduğunu veya zarara

⁵⁵ Yürekli, s. 164.; Akyiğit, s. 36.; Baskan, s. 63.

⁵⁶ Akyiğit, s. 36.; Yürekli, s. 165.

⁵⁷ Mollamahmutoglu/Astarlı, s. 714.; Akyiğit, s. 37.; Yürekli, s. 158.; Baskan, s. 64.; Korkusuz, s. 93.

uğradığını ispat etmek zorunda olmamaları gibi yönleriyle kıdem tazminatı ve destekten yoksun kalma tazminatından hukuki nitelik olarak farklılaşır.

Daha önce de belirtildiği üzere, işçinin bir gün çalışıp ölmesi halinde dahi işveren, ölüm tazminatını hak sahiplerine ödeme yükümlülüğü altına girmektedir. İşçinin kıdemi, talep hakkının doğumuna etki etmemekle birlikte, ödenecek miktarın belirlenmesinde doğrudan dikkate alınmaktadır. Şöyle ki; TMK m. 440'a göre, ölüm tazminatı; "*hizmet ilişkisi beş yıldan az sürmüştü, bir aylık, hizmet ilişkisi beş yıldan uzun sürmüştü iki aylık ücret tutarındadır.*" Hükmün nispi emredici niteliği özelliği göz önünde bulundurularak, kanunen belirlenen miktardan daha fazla ödeme yapılacağına dair anlaşmalar geçerliiyken, buna karşılık işveren ile işçinin anlaşarak, daha az bir ödeme yapılacağını veya hiç ödeme yapılmayacağını kararlaştırmaları mümkün gözükmemektedir⁵⁸.

Ödenecek miktar belirlenirken esas alınacak ücret, işçinin çıplak ücreti olacaktır⁵⁹. TBK m. 440'da bu konuda bir açıklık olmadığı için bu sonuca ulaşılması gerektiği kanaatindeyiz. Zira kıdem ve ihbar tazminatına esas alınacak olan ücretin tespitinde 4857 sayılı İş Kanunu'nun 32. maddesinde sözü edilen asıl ücrete ek olarak işçiye sağlanan para veya para ile ölçülebilen menfaatler göz önünde tutulur⁶⁰. Ancak ölüm tazminatının hesabında bu yönde bir düzenleme bulunmadığından işçinin en son çıplak ücreti üzerinden hesaplanmalıdır⁶¹.

Hükümde açıkça belirtilmeyen noktalardan bir diğeri ise işverenin ödemekle yükümlü olduğu miktarın belirlenmesinden sonra bunun hak sahipleri arasında ne şekilde paylaşılacağıdır. İşçinin ölümünden sonra geride sadece eş kalmış ve ergin olmayan çocuğu yok ise, sağ kalan eş, tazminatın tamamının kendisine ödenmesini talep edebilecektir. Ancak başka bir ihtimalde sağ kalan eşin yanı sıra ergin olmayan çocuklar da bulunuyorsa, hükümde yer alan "ve" bağlacı gereği bu kimseler tazminata birlikte hak kazanacaktır. Doktrinde bazı yazarlarca böyle bir durumda TMK'nın miras paylaşımına ilişkin hükümlerinin kıyasen uygulanmak suretiyle bu boşluğun doldurulması gerektiği ifade edilse de⁶²; çoğunluk ödemenin hak sahipleri arasında eşit paylaşılması gerektiği görüşünü paylaşmaktadır⁶³. Kanaatimizce de tazminatı hüküm altına alan düzenlemede kanun koyucu ayrıca ve açıkça belirtmediğinden, ödemenin birden fazla hak sahibi olması halinde aralarında eşit olarak paylaşılması gerekmektedir. Hüküm içi boşluktan bahsedilerek TMK'nın miras paylaşımına dair hükümlerinin uygulanması hakkaniyete aykırı sonuçlar doğurabilir. Örneğin, işçinin ölümü neticesinde geride sağ kalan eşin ve ergin olmayan

⁵⁸ Mollamahmutoğlu,/Astarlı, s. 714.; Akyiğit, s. 35.; Yürekli, s. 167.

⁵⁹ Akyiğit, s. 35.; Mollamahmutoğlu,/Astarlı, s. 714.; Yürekli, s. 167.

⁶⁰ "Davacının kıdem ve ihbar tazminatının giydirilmiş ücret üzerinden hesaplanması gerekmektedir. Giydirilmiş ücrete devamlı suretle sağlanan aynı ve nakdi yardım değerleri dâhil edilir. Somut olayda davacıya yemek ve servis yardımı yapıldığı anlaşılmaktadır. Davacının brüt çıplak ücretine yemek ve yol yardımı dâhil edilerek bu ücret üzerinde kıdem ve ihbar tazminatı alacakları hesaplanarak hüküm altına alınması gerekirken, çıplak ücret üzerinden belirlenen tazminatlara karar verilmesi hatalıdır." YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ, E. 2014/31884, K. 2015/19247, T. 26.05.2015 (Lexpera Yeni Nesil Hukuk Bilgi Sistemi) E.T. 24.05.2021

⁶¹ "Diğer taraftan, işçilik tazminat ve alacakların belirlenmesinde ispat yükü dışında ilgili yasalarda hesabın unsurları olarak bazı kriterlere yer verilmiştir. İşçilikte bu hesabın unsurlarında hizmet süresi ile işçinin aldığı gerçek ücret önemli kriterlerdir. Kıdem ve ihbar tazminatı giydirilmiş ücretten hesaplanırken, diğer tazminat ve alacaklar çıplak ücretten hesaplanmaktadır." YARGITAY HUKUK GENEL KURULU, E. 2012/838, K. 2012/715, T. 17.10.2012 (Lexpera Yeni Nesil Hukuk Bilgi Sistemi) E.T. 24.05.2021

⁶² Yürekli, s. 166.

⁶³ Akyiğit, s. 37; Korkusuz, s. 94.

bir çocuğunun kaldığını düşünelim. Bu ihtimalde, TMK m. 499/1 gereği, sağ kalan eş birinci zümredeki kimselerle mirasçı olacağından tazminatın dörtte birini hak kazanır. Böylelikle sağ kalan eş, eşit dağıtılsaydı alacağı miktarın yarısına razı olmak zorunda kalacaktır. Bu sonuç, Anayasa m. 35'te "Herkes, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir." şeklinde teminat altına alınmış olan mülkiyet hakkına aykırı bir görünüm teşkil eder. Kaldı ki AİHS Ek Protokol 1/1 uyarınca "Her gerçek ve tüzel kişinin mal ve mülk dokunulmazlığına saygı gösterilmesini isteme hakkı vardır.". Bu düzenlemeler genel nitelikte olup, söz konusu genel ilkelerin nasıl sınırlanacağı aynı maddelerde hüküm altına alınmıştır. AİHS Ek Protokol 1/1'de bu husus "Herhangi bir kimse, ancak kamu yararı sebebiyle ve yasada öngörülen koşullara ve uluslararası hukukun genel ilkelerine uygun olarak mal ve mülkünden yoksun bırakılabilir." olarak belirirken, Anayasa m. 35'te ise "Bu haklar, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir." denilerek mülkiyet hakkının sınırlandırılmasında kamu yararı aranması ve kanunla yapıma gibi çeşitli anayasal koşullarla güvence altına alınmaktadır. O halde bu koşullar dışında yapılacak bir yorum veya boşluk doldurma faaliyeti, mülkiyet hakkını doğrudan ya da dolaylı olarak, olumsuz biçimde etkileme, ortadan kaldırma, sınırlama durumu oluşturacaktır. Mülkiyet hakkı da dâhil olmak üzere temel hak ve özgürlükler kişilerin doğuştan sahip olduğu haklar olduğundan, bir hak ve özgürlük ayrıca ve açıkça sınırlandırılmadıkça sınırsız olarak kabul edilmelidir⁶⁴. Tüm bu nedenlerle, hükümde ayrıca ve açıkça belirtilmediğinden ölüm tazminatına hak kazanan birden fazla kişinin bulunması halinde bu ödeme, ilgili kişiler arasında eşit bir şekilde paylaştırılarak ödenmelidir.

II. Ölüm Tazminatının Bazı Vergiler Karşısındaki Durumu

Devlet, bir yandan toplumsal ihtiyaçlara ve tercihlere bağlı olarak ortaya çıkan ve Anayasa'da somutlaşan birtakım görevleri üstlenirken, diğer yandan bu görevleri yerine getirebilmek bakımından gelire ihtiyaç duyar⁶⁵. Devletin yüklendiği görevleri gerçekleştirmek amacıyla başvurduğu ve değerlendirdiği kamu gelirlerinin içinde en önemli payı vergi gelirleri oluşturur⁶⁶. Devlet, ülkesi üzerindeki egemenliğe dayanarak, vergi alma konusunda sahip olduğu fiili ve hukuki güç, başka bir deyişle vergilendirme yetkisini kullanarak vergi gelirlerine ulaşmayı amaçlar⁶⁷.

Vergilendirme işlemlerinin yapılabilmesi için vergilendirmenin hukuki ve maddi sebebinin ortaya çıkmış olması, yani vergilendirme sürecinin başlamış olması gerekmektedir⁶⁸. Vergiyi doğuran olayla başlayan vergilendirme sürecinde nihai amaç ise verginin tahsilidir. Vergiyi doğuran olayın meydana gelmesiyle mükellef nezdinde ortaya çıkan soyut vergi borcu tarh ile miktarı belirli somut bir borç haline dönüşür ve son aşama olan tahsil aşamasında borçlu mükellef tarafından ödenir⁶⁹.

⁶⁴ Gözler, s. 320.

⁶⁵ Akdoğan, Abdurrahman. *Kamu Maliyesi*, 14. Baskı, Gazi Kitabevi, Ankara, 2011, s. 103.

⁶⁶ Genel bütçe gelirlerinin tahsilatı içinde vergi gelirlerinin payı 2018 yılında %86,2 iken 2019 yılında % 81,2 olarak gerçekleşmiştir. 2021 Yılı Bütçe Gerekçesi, s. 19. https://www.sbb.gov.tr/wp-content/uploads/2021/05/2021_butcegerekcesi_21052021.pdf (E.T. 31.05.2021)

⁶⁷ Öncel, Mualla / Çağan, Nami/ Kumrulu, Ahmet / Göker, Cenker. *Vergi Hukuku*, 29. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2020, s. 37.

⁶⁸ Karakoç, Yusuf. *Genel Vergi Hukuku*, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014, s. 255.

⁶⁹ Şenyüz, Doğan / Yüce, Mehmet / Gerçek, Adnan. *Vergi Hukuku*, 11. Baskı, Ekin Yayıncılık, Bursa, 2020, s. 184.

Vergi sisteminde yer alan vergileri, vergilendirdikleri ekonomik kaynağa göre bölümlenmek aynı zamanda konularına göre ayırmayı sağlar. Türk vergi sistemine dâhil olan vergi türleri göz önüne alındığında, bunların üç ekonomik unsurdan birinin üzerine konulduğu görülür⁷⁰. Aynı zamanda, Anayasa’da soyut olarak ifade edilen mali gücün somut ifade biçimi olarak, verginin bu gücü temsil eden değerler üzerine konulması, mali gücü daha fazla olanların kamu hizmetlerinden daha fazla yararlandığı düşüncesine dayanır⁷¹. Buna göre Türk vergi sistemi, gelir üzerinden alınan vergiler, servet üzerinden alınan vergiler ve harcamalar üzerinden alınan vergiler şeklinde gruplanır. Aşağıda, ölüm tazminatının bu vergilerden bazıları karşısındaki durumu incelenecektir.

A. Gelir Vergisi Karşısındaki Durumu

1. Tazminat Alacaklısı Bakımından

Herhangi bir ekonomik değerın GVK kapsamında vergilendirilebilmesi için, “gelir” niteliği taşıması ve ayrıca aynı kanunda belirlenen yedi gelir türünden birine isabet etmesi gerekir.

Gelir, GVK m. 1’de “*bir gerçek kişinin bir takvim yılı içinde elde ettiği kazanç ve iratlarının safi tutarıdır*” şeklinde tanımlanmaktadır. Madde bu şekliyle, gelir kavramını bir veri olarak almakta, bu kavramı açıklamak yerine, kanun kapsamında vergilendirilecek gelir için belli nitelikler aramaktadır⁷². GVK m. 2’de ise gelirin unsurları sayılarak, geliri tanımlayan m. 1’i tamamlamış olmaktadır. Buna göre gelir kapsamına giren irat ve kazançlar şu şekilde sıralanır; Ticari kazançlar, zirai kazançlar, ücretler, serbest meslek kazançları, gayrimenkul sermaye iratları, menkul sermaye iratları, diğer kazanç ve iratlar.

Ticari kazançlar ve zirai kazançlarda bir müteşebbis, kurduğu işletmeye bir sermaye tahsis eder, ayrıca kendi emeğini de teşebbüs faaliyeti çerçevesinde üretime katabilir. Yürütülüş biçimi sermaye ağırlıklıdır. Ücret ve serbest meslek kazançlarının özelliği ise bunların emek karşılığı elde edilmeleri ya da emek ağırlıklı olarak yürütülen faaliyetten doğmalarıdır. Serbest meslek kazancında belirli koşullarda sermaye unsuru da üretime katılabilir, ne var ki faaliyet esas olarak emek ağırlıklı olarak yürütülür. Gayrimenkul sermaye iratları ve menkul sermaye iratları, sahip olunan servetin başkasının kullanımına bırakılması karşılığı elde edilen iratlardan oluşmaktadır. Sermaye gelirleri, sahibinin ticari, zirai veya mesleki faaliyetleriyle ilgili olmayan şahsi servetinden elde edilir⁷³. Bu yüzden bir nevi servet geliri olarak değerlendirilirler. Bütün bu nedenler ve gelir türleri ile ilgili hükümler birlikte değerlendirildiğinde, ölüm tazminatı ödemeleri, GVK’da vergilendirilen kazanç türlerinden birine tekabül etmediği için gelir vergisinin konusuna girmezler.

Burada, ücretler bakımından bir parantez açılması gerekebilir. Ücret ve ücret sayılan ödemelerin ortak özelliği, bu ödemelerin çalışanın işverene bağlılığı ve hizmet karşılığı sağlanan ve para veya para ile temsil edilebilen menfaatler olmasıdır. Yine yasal düzenlemelere göre ancak ücret veya ücret niteliği taşıyan ödemelerden tevkifat yapılacaktır⁷⁴. GVK m. 61’de, ücretin;

⁷⁰ Öncel/Çağan/Kumrulu/Göker, s. 232.

⁷¹ Şenyüz/Yüce/Gerçek, *Vergi Hukuku*, s. 88.

⁷² Öncel/Çağan/Kumrulu/Göker, s. 245.; Öner, Erdoğan. *Türk Vergi Sistemi*, 9. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2019, s. 37.

⁷³ Öner, s. 109.

⁷⁴ DANIŞTAY 4. DAİRE, E. 2020/1614, K. 2020/3526, T. 07.10.2020 (Lexpera Yeni Nesil Hukuk Bilgi Sistemi) E.T. 23.05.2021

“işverene tabi ve belirli bir işyerine bağlı olarak çalışanlara hizmet karşılığı verilen para ve ayınlar ile sağlanan ve para ile temsil edilebilen menfaatler olduğu; ikinci fıkrasında, ücretin ödenek, tazminat, kasa tazminatı (mali sorumluluk tazminatı), tahsisat, zam, avans, aidat, huzur hakkı, prim, ikramiye, gider karşılığı veya başka adlar altında ödenmiş olmasının veya bir ortaklık münasebeti niteliğinde olmamak şartıyla kazancın belli bir yüzdesi şeklinde tayin edilmiş bulunmasının onun mahiyetini değiştirmeyeceği”, m. 91/1’de; “hizmet erbabına ödenen ücretler ile 61. maddede yazılı olup ücret sayılan ödemelerden (istisnadan faydalananlar hariç) 103 ve 104. maddelere göre tevkifat yapılacağı” öngörülmüştür. Ölüm tazminatı ödemeleri, hak sahibi kimselere, ölen işçinin işvereni tarafından yapılan ödemelerdir. Dolayısıyla ödeme yükümlülüğü bulunan işverenle ödemeye hak kazanan kimse arasında bir hizmet ilişkisi bulunmadığı gibi, söz konusu ödeme bir hizmet karşılığında da yapılmadığından, ücret niteliği taşımamaktadır⁷⁵.

2. Tazminat Yükümlüsü Bakımından

GVK m. 1’de belirtildiği üzere, gelir, safi miktar üzerinden vergilendirilir. Her gelir unsurunun safi miktarı, gayri safi hasılatından, o gayri safi hasılatı elde etmek için yapılan giderler indirilerek bulunur⁷⁶. Gelirin safi olmasının bir başka anlamı da, bir gerçek kişinin çeşitli gelir kaynaklarının olması durumunda ve bu gelir kaynaklarının bazılarında kar elde edip, bazılarında da zararla karşılaşması olasılığına karşı, zarar tutarının kar tutarına mahsup edilmesidir⁷⁷. Bu uygulama, bir gelirin sağlanması için katlanılan maliyet unsurlarının dikkate alınması ve aynı zamanda net gelirin vergilendirilmesi suretiyle vergi adaletinin daha sağlıklı bir şekilde gerçekleştirilmesi düşüncesinin bir sonucudur. Böylelikle gerçek ödeme gücüne yaklaşılmış olur.

Safi kazancın tespitinde indirilebilecek giderler, en geniş haliyle, genel kanun niteliğindeki GVK’da, her gelir unsuru itibarıyla belirlenmiştir⁷⁸. Konuyla ilgili GKK m. 40/3, m. 57/9, m. 68/10 birlikte ele alındığında, işle (işletmeyle veya mesleki faaliyetle) ilgili olan, kanuna, ilama veya mukavelenamaya istinaden ödenen zarar, ziyan ve tazminatlar kazancın tespitinde kanunen kabul edilen giderler arasında yer almaktadır. O halde ölüm tazminatı da işçinin ölmesi sonucu, kanun emrine göre yapılması zorunlu bir ödeme olduğundan, gayri safi tutardan indirilebilecektir.

B. Katma Değer Vergisi Karşısındaki Durumu

Mallar bazı aşamalar dâhilinde üretilmekte olup, bu aşamalar üretimin başından en son aşamaya kadar bir süreç dâhilinde gerçekleşmektedir. Her üretim aşaması, bir katma değer yaratılması ile sonuçlanmaktadır. o aşamada oluşan katma değer ise “işlenen malın satışından elde edilen gelir ile satın alınan girdilere yapılan ödeme arasındaki fark” şeklinde belirlemektedir.

⁷⁵ “Dava konusu kesintinin ait olduğu ek ödeme, davacının çalıştığı şirketin yeniden yapılanması sonucu davacının iş akdinin feshedilmesi nedeniyle işsiz kalan davacıya yasal zorunluluk olmadan işsizlik sebebiyle yardım amaçlı yapılmış olup, işine son verilen kişiye yapılan ödemenin hizmet karşılığında yapılması da söz konusu olamayacağından, bu ödemenin ücret niteliği taşımadığı açıktır. Ücret niteliği taşımayan ve davacının işine son verilmesi nedeniyle yapılan ödemenin hangi ad altında yapıldığının vergisel açıdan bir önemi bulunmadığı gibi, kurumun yasal sorumluluğu ve zorunluluğu olmadan yapılmış olması nedeniyle de tevkifata tabi tutulmasını gerektiren bir durum olmadığı sonucuna varılmıştır.” DANIŞTAY 4. DAİRE, E. 2014/437, K. 2018/5021, K. 23.05.2018 (Lexpera Yeni Nesil Hukuk Bilgi Sistemi) E.T. 24.05.2021

⁷⁶ Şenyüz, Doğan / Yüce, Mehmet / Gerçek, Adnan. *Türk Vergi Sistemi*, 17. Baskı, Ekin Yayıncılık, Bursa, 2020, s. 8-9.

⁷⁷ Bağdınlı, İ.Halil / Kurt, Ufuk / Atabey, Tuncel / Kırlı, Halil. *Gelir Vergisi Rehberi*, 2. Baskı, Gelirler Kontrolörleri Yayını, Ankara, 2001, s. 5.

⁷⁸ Şenyüz/Yüce/Gerçek, *Türk Vergi Sistemi*, s. 25.

Katma değer vergisi, bir mal veya hizmetin üretiminden ya da ithalinden, nihai tüketicisine intikaline kadar geçen her aşamayı kapsayan ve bu aşamalarda meydana getirilen katma değeri vergilendirmeyi amaçlayan bir vergidir⁷⁹.

3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanunu'nun 1. maddesi uyarınca verginin konusuna, “Türkiye’de yapılan, ticari, sınai, zirai faaliyet ve serbest meslek faaliyeti çerçevesinde yapılan teslim ve hizmetler, her türlü mal ve hizmet ithalatı, diğer faaliyetlerden doğan teslim ve hizmetler” girer. Bu hükümden çıkan sonuç, katma değer vergisinin konusunda iki unsur bulunur; ilki, maddede sayılan belirli işlemlerin yapılması; ikincisi ise bu işlemin Türkiye’de yapılmasıdır⁸⁰.

KDV esas olarak ticari, sınai, zirai ve mesleki alanda mal teslimini ve hizmet ifasına odaklanmış olup, verginin matrahı da KDVK m. 20’ye göre, bu teslim ve hizmetlerin bedelidir. Bu nedenle, ölüm tazminatını tahsil eden KDV mükellefi olsa bile KDV hesaplanması gerekmez. Başka bir deyişle, tazminat olarak alınan paralar (gerçek mahiyeti mal veya hizmet bedeli veya bu bedelin eklentisi olmamak kaydıyla) KDV’nin konusuna girmez⁸¹.

KDVK ve uygulamasına ilişkin mevcut sirkülerlerin birleştirilmesi ile uygulamada tereddüt edilen hususlara yönelik açıklamaları konu edinen 60 nolu Sirküler⁸²’de “Herhangi bir teslim veya hizmetin karşılığı olarak ortaya çıkmayan tazminat ve benzeri ödemeler prensip olarak KDV’nin konusuna girmemektedir” hükmü yer almaktadır. Bu düzenlemeden idarenin de aynı görüşte olduğu sonucuna ulaşılmaktadır.

C. Veraset ve İntikal Vergisi Karşısındaki Durumu

Veraset ve intikal vergisi, Türk vergi sistemi içinde servet üzerinden alınan, ivazsız yollardan edinilen tüm servet unsurlarını kapsayan genel bir servet vergisidir⁸³. Kişilerin ivazsız yollardan yaptıkları iktisapların, malvarlıklarında ve dolayısıyla ödeme güçlerinde meydana getirdiği artışın vergilendirilmesi gerektiği gerekçesiyle alınan verginin, toplam vergi gelirleri içindeki payı oldukça düşüktür⁸⁴. Bu durumun ortaya çıkmasında en büyük etken ise vergi ayrıcalıklarıdır⁸⁵. Uygulamada, istisnalar başta olmak üzere, birtakım vergi ayrıcalığı niteliğindeki düzenlemelerin kapsamı arttıkça, veraset ve intikal vergisinin toplam vergi gelirleri içindeki oranı neredeyse sifıra yaklaşmaktadır⁸⁶.

⁷⁹ Öner, s. 237.

⁸⁰ Şenyüz/Yüce/Gerçek, *Türk Vergi Sistemi*, s. 256.

⁸¹ Maç Mehmet. “Tazminat Olarak Alınan Paraların KDV Karşısındaki Durumu”, *Yaklaşım Dergisi*, S.196, Nisan, 2009, ss. 44-50

⁸² Maliye Bakanlığı Gelir İdaresi Başkanlığı, Katma Değer Vergisi Sirküleri, Tarih: 08.08.2011, Sayı: KDVK-60/2011-1

⁸³ Öncel/Çağan/Kumrulu/Göker, s. 377.

⁸⁴ 2020 ve Temmuz 2021 Bütçe Gerçekleşmelerine göre, veraset ve intikal vergisinin toplam bütçe içindeki payı yüzde 0,1 olmuştur. <https://www.hmb.gov.tr/temmuz-2021-butce-gerceklesmeleri> E.T. 18.06.2021

⁸⁵ Giray, Filiz / Ömür, Özgür Mustafa. “Veraset ve İntikal Vergisinde Mali ve Sosyal Fonksiyonlara Aykırı Olan Vergi Harcamaları”, *Ömer Halisdemir Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, C. 12, S. 1, 2019 s. 72-82.

⁸⁶ Giray/Ömür, s. 78.

Veraset ve intikal vergisinin konusuna, ivazsız yollardan intikal eden servet ya da servetin belli unsurları girmektedir⁸⁷. Vergiyi doğuran olay ise, verasetten intikaller ile veraset dışı (sağlar arası) ivazsız iktisaplardır⁸⁸.

Veraset ve intikal vergisinden doğan uyuşmazlıkların odak noktasında, intikalın veya iktisabın ivazlı olup olmadığı hususu bulunmaktadır. İvaz, Hukuk Sözlüğü'nde "Karşılık; bedel, eder; karşı bedel, mukabil eda; fiyat" olarak tanımlanmaktadır⁸⁹. 7338 sayılı Veraset ve İntikal Vergisi Kanunu (VİVK) m. 2/d'de ise, ivazsız intikal kavramı, ivazsız iktisapları da kapsar şekilde "ivazsız intikal hibe yoluyla veya herhangi bir tarzda olan ivazsız iktisapları ifade eder" şeklinde hüküm altına alınmıştır. Söz konusu fıkra, parantez içinde "Maddi ve manevi bir zarar mukabili verilen tazminatlar ivazsız sayılmaz.", denilmek suretiyle maddi veya manevi zarar karşılığında ödenen tazminatlar ivazlı intikal olarak kabul edilerek, verginin konusu dışında bırakılmıştır.

Sağlar arasında meydana gelen ivazsız intikallerde, lehine tasarrufta bulunulan kişinin karşı bir edimi aranmaz.⁹⁰ Ölüm tazminatlarının işçinin ölümü halinde, sağ kalan eşine ve ergin olmayan çocuklarına veya bunlar yoksa bakmakla yükümlü olduğu kişilere kanunen yapılan bir miktar ödeme özelliği göz önünde bulundurulduğunda, her ne kadar maddi veya manevi zararın varlığını ispat etme şartı aranmamış olsa dahi, geride kalanların ölüm nedeniyle ortaya çıkmış ve/veya çıkabilecek mevcut veya müstakbel zararları karşılığında verildiğinin aksini söylemek mümkün gözükmemektedir. Ödemeye hak kazanmalarının karşı edimini içermediğinden, hukuki nitelik itibarıyla ivazsız intikal olarak değerlendirilebilmeye açık olmakla birlikte, parantez içi hüküm gereği, ölüm tazminatları ivazlı sayılacak, bu sebeple de veraset ve intikal vergisinin konusu dışında kalacaktır. Vergilendirmenin sosyal amaçlarını da bu değerlendirmeyi yaparken unutmamak gerekmektedir.

Tazminatların, veraset ve intikal vergisinin konusu dışında tutulmak suretiyle bir vergi ayrıcalığı yaratılması, vergilemede adalet ve eşitlik ilkelerine uygun olmakla birlikte, bu durumun, Kanun'da tabirlere yer verilen bir maddenin fıkralarından birinde, parantez içinde hüküm altına alınması, kanunilik ilkesini zedelemekte, doktrinde ve uygulamada tereddütlere yol açabilmektedir. Kanaatimizce, "İstisnalar" başlıklı 4. maddeye eklenecek bir fıkra, kanun sistematığına daha uygun düşecektir.

Son olarak belirtilmelidir ki; işveren tarafından TBK m. 440'a dayanmaksızın yapılacak yardımlar ve ödemeler ivazsız intikal kapsamında kalacağından, 10.491,00 TL'yi⁹¹ aşan kısım üzerinden tevkifat yapılarak vergilendirme yapılması uygun olacaktır⁹².

⁸⁷ Öncel/Çağan/Kumrulu/Göker, s. 378.

⁸⁸ Şenyüz/Yüce/Gerçek, *Türk Vergi Sistemi*, s. 422.

⁸⁹ <https://sozluk.adalet.gov.tr/ivaz> E.T. 19.06.2021

⁹⁰ Arıca, Mehmet Nadir. "Veraset ve İntikal Vergisi Uygulamasında İvazsız İntikal Kavramı", *Maliye ve Sigorta Yorumları Dergisi*, S. 442, Haziran 2005, s. 181.; Öner, s. 318.

⁹¹ 21.12.2021 tarihli ve 31696 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Hazine ve Maliye Bakanlığının (Gelir İdaresi Başkanlığı) 53 Seri No.lu Veraset ve İntikal Vergisi Kanunu Genel Tebliği ile 01.01.2022 tarihinden geçerli olmak üzere tespit edilen, ivazsız suretle meydana gelen intikallerde uygulanacak istisna tutarıdır. <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2021/12/20211221-9.htm> E.T. 22.12.2021

⁹² Emen, Ömer/ Erdoğan, Müge. "İşçinin Ölümü Halinde İşverenin Yapacağı Tazminat Ödemeleri ve Bu Tazminatların Vergilendirilmesi", *Nazalî Gündem E-Dergi*, <http://nazaligundem.com/tr/yayinlar/iscinin-olumu-halinde-isveren-yapacagi-tazminat-odemeleri-ve-bu-tazminatlarin-vergilendirilmesi> E.T. 01.09.2021

D. Damga Vergisi Karşısındaki Durumu

Tahakkuku tahsile bağlı vergilerden biri olan damga vergisi, gerçekleştirilen hukuki işlemlerle ilgili olarak düzenlenen ve kanunda “kâğıt” olarak ifade edilen belgeler üzerinden alınan bir mali yükümlülüktür⁹³. Kâğıt üzerine inşa edilmiş bir mükellefiyet türü olarak damga vergisinde asıl hedef, kâğıtların temsil ettiği hukuki işlemlerdir⁹⁴.

Damga vergisinin konusuna, Damga Vergisi Kanunu’na (DVK) ekli (1) sayılı tabloda yer alan kâğıtlar girer. Kâğıt ise DVK m. 1’de, “yazılıp imzalamak veya imza yerine geçen bir işaret konmak suretiyle düzenlenen ve herhangi bir hususu ispat veya belli etmek için ibraz edilebilecek olan belgeler ile elektronik imza kullanılmak suretiyle manyetik ortamda ve elektronik veri şeklinde oluşturulan belgeler” şeklinde ifade edilmektedir. DVK (1) sayılı tabloda damga vergisine tabi kâğıtlar; Akitlerle ilgili kâğıtlar, kararlar ve mazbatalar, ticari işlemlerde kullanılan kâğıtlar ve makbuzlar ve diğer kâğıtlar olmak üzere dört başlık altında sayılmaktadır.

Ölüm tazminatı ile damga vergisinin kesişim noktası ise, işverenin hak sahibi veya sahiplerine yapacak olduğu ödeme neticesinde düzenlenecek ve imza altına alınacak olan makbuzdur. Makbuz, bir borcun ifa edildiği hususunda delil teşkil eden, alacaklı tarafından imzalanan bir belgedir. DVK (1) sayılı tabloda, vergiye tabi makbuzlar arasında tazminat ve benzeri her ne adla olursa olsun *hizmet karşılığı alınan paralar* (avans olarak ödenenler dâhil) için verilen kâğıtlar da bulunmaktadır. İlgili fıkra hükmü değerlendirildiğinde maaş, ücret veya gündelik gibi bir iş karşılığında yapılan ödemeler neticesinde düzenlenecek kâğıtların, damga vergisinin konusuna girdiği anlaşılmaktadır. Ancak daha önce de altı çizildiği üzere, ölüm tazminatı işveren tarafından, ölen işçiye veya onun hesabına değil, kanunda sayılan hak sahiplerine yapılan bir ödemedir. Söz konusu ödeme kanundan kaynaklanmakla birlikte, hak sahiplerine “bir hizmet karşılığı” verilmemektedir. Damga vergisine tabi kâğıtlar arasında açıkça sayılmadığından, ölüm tazminatı alacaklıları tarafından kendilerine yapılan ölüm tazminatı ödemesi neticesinde düzenlenecek makbuz veya ödemenin nakden yapılmaması halinde ilgili kişiler adına açılmış veya açılacak carî hesaplara nakledildiği veya emir ve havalelerine tediye olunduğunu temin eden kâğıtlar için damga vergisi söz konusu olmayacaktır. Kanaatimizce ölüm tazminatının ödendiğini ispata yarar kâğıtlara, vergiden istisna edilen kâğıtların düzenlendiği DVK (2) sayılı Tablo’da yer verilmesi daha uygun olacaktır.

SONUÇ

Anayasa m. 5’te hüküm altına alınmış olduğu üzere Devletin temel amaç ve görevleri arasında; “*kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmak*” bulunmaktadır. Gerek bu temel amaç ve görevlerin yerine getirilmesi, gerekse de yine Anayasa m. 2’de yer aldığı üzere “sosyal devlet” niteliğini gerçekleştirebilmesi açısından, devletin iş ilişkileri başta olmak üzere birçok alana müdahale etmesi, ilgili alanlarda yasal düzenlemeler yaparak hayata geçirmesi olağan bir görünüm arz eder. Devlet, planlama ve yönlendirme yaparken, sosyal açıdan zayıf olanları, sosyal açıdan güçlü olanlara nazaran daha fazla hukuksal korumadan yararlanmalarını temin etmekle yükümlüdür. İş ilişkisinde işveren tarafa oranla daha *zayıf* konumda diyebileceğimiz işçilerle ilgili

⁹³ Şenyüz/Yüce/Gerçek, *Türk Vergi Sistemi*, s. 359.

⁹⁴ Değer, Nuri. *Damga Vergisi Uygulaması*, 4. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2016, s. 52.

düzenlemeler ve uygulamalarda hukuksal korumanın çerçevesinin giderek genişlediği gözlemlenmektedir.

Devletin sağladığı hukuksal korumanın yanı sıra işverenin de işçiyi koruma ve gözetme borcu bulunmaktadır. İş ilişkisinin başlamasıyla beliren bu borç, diğer borçlardan farklı olarak ileriye etkili birtakım sonuçları da beraberinde getirmektedir. Ölüm tazminatı buna verilebilecek en güzel örneklerdendir. İş hukuku veya sosyal güvenlik hukuku mevzuatından ayrı olarak TBK’da yer verilen bu tazminatın ödenmesi işveren açısından hukuki bir yükümlülüktür. Buna göre işveren, hizmet ilişkisi beş yıldan az sürmüştse, bir aylık, hizmet ilişkisi beş yıldan uzun sürmüştse iki aylık ücret tutarında bir ödemeyi ölüm gününden başlayarak, işçinin sağ kalan eşine ve ergin olmayan çocuklarına, yoksa bakmakla yükümlü olduğu kişilere ödemek durumundadır. İşçinin en son çıplak ücreti üzerinden hesaplanacak bu tutar ödenmediği takdirde, hak sahipleri işverenden ödemenin yapılmasını talep etme hakkına sahip olacaktır. Ölüm tazminatını talep etme hakkında sahip olan kimselerin birden fazla olması halinde ödemenin aralarında eşit olarak pay edilerek yapılması lazım gelmekte olup, bu kuralın madde metnine işlenmesi gerektiği kanaatindeyiz. Ayrıca işçinin vefatından önce bakmakla yükümlü olduğu kişilerin tayin ve tespitindeki belirsizlikler, uygulamada sorun çıkmasına namzet bir görünüm oluşturmaktadır.

Sosyal devlet niteliğinin hayata geçirilmesinde başta gelen kamusal araçlardan birisinin vergiler olduğu bilinmektedir. Vergi kanunlarında tanınan istisnalar ve muafıklar belirlenirken göz önünde bulundurulmuş en büyük ölçüt şüphesiz sosyal farklılıkların en aza indirgenmesidir. Ölüm tazminatlarının vergilendirilmesi konusunun da bu bakış açısıyla değerlendirilmesi gerekmektedir. Hali hazırda, işçinin ölümünden sonra desteğinden yoksun kalacak kimselerin maddi veya manevi zararlarını bir nebze giderim amacını taşıyan bir ödemenin, vergiye tabi tutulup tutulmayacağı gibi bir çatışma zemininin olduğu düşünülebilir. Ancak, vergi mevzuatındaki düzenlemeler başta olmak üzere, idarenin çeşitli düzenleyici işlemleri ve yargı kararları bir bütün olarak değerlendirildiğinde, gerekçeleri çalışmada belirtildiği üzere ölüm tazminatının herhangi bir vergi türü bakımından vergilendirme kapsamına girmediği sonucuna ulaşılmaktadır.

Ölüm tazminatlarının vergilendirilmesiyle ilgili uygulamada karşılan pek çok sorunun odağında, bu ödemenin hukuki niteliğinin tespitinde yapılan yanlışlar bulunmaktadır. Kanaatimizce sorunların en kısa yoldan çözümü, vergi mevzuatında işverence yapılan ödemenin açıkça “ölüm tazminatı” olarak zikredilmesi; GVK ve VİVK’da istisnalar başlığı altında ayrı bir bent olarak yer almasıdır.

KAYNAKÇA

- Akdoğan, Abdurrahman. *Kamu Maliyesi*, 14. Baskı, Gazi Kitabevi, 2011.
- Akyiğit, Ercan. *İş Hukuku*, 13. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.
- Akyiğit, Ercan. “Ölüm ve İş İlişkisindeki Yeni Sonuçları”, *Sicil İş Hukuku Dergisi*, Y. 6, S. 22, 2011, ss. 32-46.
- Arıca, Mehmet Nadir. “Veraset ve İntikal Vergisi Uygulamasında İvazsız İntikal Kavramı”, *Maliye ve Sigorta Yorumları Dergisi*, S.442, 2005, ss. 179-192.
- Bağdımlı, İ.Halil / Kurt, Ufuk / Atabey, Tuncel / Kırılı, Halil. *Gelir Vergisi Rehberi*, 2. Baskı, Gelirler Kontrolörleri Yayını, Ankara, 2001.
- Bulun Tokkaş, Sevede. “İş İlişkisinde Tarafların Ölümünün Bireysel İş Hukukuna Etkisi”, *SÜHFD*, C. 29, S. 1, 2021, ss. 179-217.
- Baskan, Ş. Esra. “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Ölümün Hizmet Sözleşmesine Etkisi ve Yeni Bir Tazminat: Ölüm Tazminatı”, *TBB Dergisi*, S. 104, Y. 2013, ss. 55-72.
- Değer, Nuri. *Damga Vergisi Uygulaması*, 4. Baskı, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2016.
- Dural, Mustafa. *Türk Medeni Hukukunda Gerçek Kişiler*, 3. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1987.
- Emen, Ömer / Erdoğan, Müge. “İşçinin Ölümü Halinde İşverenin Yapacağı Tazminat Ödemeleri Ve Bu Tazminatların Vergilendirilmesi”, *Nazalılık Gündem E-Dergi*, <http://nazaliligundem.com/tr/yayinlar/iscinin-olumu-halinde-isverenin-yapacagi-tazminat-odemeleri-ve-bu-tazminatlarin-vergilendirilmesi>
- Eren, Fikret. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 13. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2013.
- Giray, Filiz / Ömür, Özgür Mustafa. “Veraset ve İntikal Vergisinde Mali ve Sosyal Fonksiyonlara Aykırı Olan Vergi Harcamaları”, *Ömer Halisdemir Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, C. 12, S. 1, 2019, ss. 72-82.
- Gözler, Kemal. *Hukuka Giriş*, 13. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2016.
- Karakoç, Yusuf. *Genel Vergi Hukuku*, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014.
- Korkusuz, Mustafa Halit. *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Düzenlenen Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesinin Sonuçları ve 4857 Sayılı İş Kanunu'na Tabi İşçilere Etkisi*, Beta Basım Yayın, Ankara, 2017.
- Maç, Mehmet. “Tazminat Olarak Alınan Paraların KDV Karşısındaki Durumu”, *Yaklaşım Dergisi*, S. 196, Nisan, 2009, ss. 44-50.
- Mollamahmutoğlu, Hamdi / Astarlı, Muhittin. *İş Hukuku*, 5. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2012.
- Oğuzman, M. Kemal / Öz, M. Turgut. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 14. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2016.
- Öncel, Mualla / Çağan, Nami / Kumrulu, Ahmet / Göker, Cenker. *Vergi Hukuku*, 29. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2020.
- Öner, Erdoğan. *Türk Vergi Sistemi*, 9. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2019.
- Sevinçhan, Ezgi, “Sosyal Devlet İlkesini Gerçekleştirmeye Yönelik Vergi Araçları” 6. Genç Vergi Hukukçuları Sempozyumu Bildiri Kitabı, ss. 181-203.
- Sümer, Haluk Hadi. “İş Sözleşmesinin Bağımlılık Unsuru”, *Sicil İş Hukuku Dergisi*, Y. 5, S. 19, Eylül-2010, ss. 63-73.

Şenyüz, Doğan / Yüce, Mehmet / Gerçek, Adnan. *Vergi Hukuku*, 11. Baskı, Ekin Yayıncılık, Bursa, 2020.

Şenyüz, Doğan / Yüce, Mehmet / Gerçek, Adnan. *Türk Vergi Sistemi*, 17. Baskı, Ekin Yayıncılık, Bursa, 2020.

Turhan, Ezgi Hazal. “Ölüm Sosyolojisi Ekseninde Ölüm Kaygısı ve Koronavirüs”, *Habitus Toplumbilim Dergisi*, C. 2, S. 2, 2021, ss. 85-101.

Uluslan, İlhan. *İşverenin İşçiyi Gözetme Borcu*, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul, 1990.

Üstün, Ümit Süleyman. “Vergi Hukuku ile İlgili Anayasal İlkeler”, *SÜHFD*, C. 11, S. 1-2, 2003, ss. 251-271.

Yılmaz, Süleyman / Yıldırım, Abdülkerim. *Medeni Hukuk I*, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020.

Yürekli, Sabahattin. *Türk Borçlar Kanunu'na Göre Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesi*, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016.

Zevkliler, Aydın / Gökyayla, Emre. *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 13. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2013.

Danıştay Kararları Işığında İptal Davalarında Bir Dava Şartı Olarak Sübjektif Ehliyet: Menfaat İhlalinde Kişisel Şartı *

Murat Buğra TAHTALI 

Dr. Öğr. Üyesi, İnönü Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku Ana Bilim Dalı, bugra.tahtali@inonu.edu.tr,
(Yazar / Corresponding Author)

| Makale Bilgileri | ÖZ |
|--|---|
| <p>Makale Geçmişi Geliş: 17.05.2021 Kabul: 24.01.2022 Yayın: 02.02.2022</p> <p>Anahtar Kelimeler: İdari Yargıda Ehliyet, Sübjektif Ehliyet, Dava Şartı, İptal Davası, İdari Yargılama Hukuku.</p> | <p>Türk hukukunda dava açmak için genel ehliyet şartları Türk Medeni Kanunu'na göre taraf ve dava ehliyetine sahip olmaktır. Ancak idari yargıda görülen iptal davaları ile tam yargı davalarında taraf ehliyetine sahip olmak için bazı ek şartlara ihtiyaç duyulmaktadır. 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 2. maddesinde de açıkça belirtildiği üzere bu ek şartlar iptal davaları için "menfaat ihlali", tam yargı davalarında ise "kişisel hakların muhtel olması" olarak belirlenmiştir. Kanun'un 2. maddesinde idari yargıda görülen dava türlerini açıklamak için yapılan tanımların arasında yer verilen bu ek dava şartları doktrinde "sübjektif ehliyet" şartları olarak tanımlanmaktadır. Bununla birlikte, idari davalarda taraf ehliyetine ek şartlar getiren bu sübjektif ehliyet koşullarının ayrıntıları, öncelikle Fransız Danıştay'ın, sonrasında oradaki içtihatlardan etkilenerek yeni içtihatlar ortaya koyan Türk Danıştay'ın belirlediği kriterlerle şekillenmektedir. Dolayısıyla idarenin yaptığı eylem ve/veya işlem ne denli haksız -ya da taraflar arasında bir sözleşme olması durumunda sözleşmeye ne denli aykırı- olursa olsun, hukuka aykırılık veya kusur iddialarının idari yargı organlarınınca değerlendirilebilir bulunması, öncelikle bu sübjektif ehliyet şartının gerçekleşmesine bağlıdır. Bu çalışmada, yüksek yargı organlarının içtihatları göz önünde bulundurularak idari davalar için öngörülen söz konusu sübjektif ehliyet şartları incelenecektir.</p> |

Subjective Capacity to Sue as Action of Nullity Case in The Light of The Decisions of The Council: Personality Condition in Violation of Interest

| Article Info | ABSTRACT |
|--|---|
| <p>Article History Received: 17.05.2021 Accepted: 24.01.2022 Published: 02.02.2022</p> <p>Keywords: Administrative Jurisdiction, Subjective Capacity To Sue, Condition Of Case, Action Of Nullity Case, Administrative Procedure Law.</p> | <p>In Turkish Law, according to Turkish Civil Code, general conditions for capacity to sue are to have the capacity to be a party and litigation. However for action of nullity case and full remedy action, which are seems in administrative jurisdiction, some additional conditions are needed. As a clearly stated in article 2 of Administrative Trial Procedure Law No. 2577, these additional terms has been determined that "breach of interest" for action of nullity cases and "damage to perconel rights" for full remedy actions. These additional case conditions included in the definitions made in order to explain the types of cases seen in the administrative jurisdiction in article 2 of the Law is defined as "subjective competence" in the doctrine. However, the details of these subjective conditions of case, which bring additional conditions to the party license in administrative case are shaped by the criteria determined first by the French Council of State and then by the Turkish Council of State, which is influenced by the case law therein and introduces new case law. Therefore, regardless of how unjust the act and / or action taken by the administration, finding the allegations of illegality or defect to be evaluated by the administrative judicial bodies depends primarily on the fulfillment of this subjective capacity to sue requirement. In this study, these subjective capacity to sue requirements for administrative cases will be analyzed, taking into account the case law of higher judicial bodies.</p> |

Atıf/Citation: TAHTALI, M. B. Danıştay Kararları Işığında İptal Davalarında Bir Dava Şartı Olarak Sübjektif Ehliyet: Menfaat İhlalinde Kişisel Şartı, *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 5(1), s.41-62.

Plagiarism: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. // This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.



"This article is licensed under a [Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/). (CC BY-NC 4.0)"

* Bu makale, 10-12.04.2021 tarihlerinde, Uluslararası Necmettin Erbakan Hukuk Kongresi'nde tebliğ olarak sunulmuştur.

GİRİŞ

Anayasa'mızın 2. maddesinde, Cumhuriyetin temel nitelikleri arasında sayılan ve 4. maddeyle koruma altına alınan "hukuk devleti" ilkesinin en önemli gereklerinden biri, idarenin eylem ve işlemlerinin yargısal denetimidir. İdarenin eylem ve işlemlerinin yargısal denetimine açık olması, işlemle alakalı olan veya olmayan, bu işlemde bir şekilde etkilenen veya etkilenmeyen herhangi birinin idari yargıda dava açabilmesi anlamına gelmektedir.

Hukukumuzda yargılama usulü bakımından dört temel usul hukuku bulunmaktadır. Bunlar, ceza usul hukuku, medeni usul hukuku, idari yargılama hukuku ve Anayasa yargısıdır¹. Ceza usul hukukunda dava açmak gerçek kişiler için söz konusu olmayıp, bu kişilerin şikâyetleri veya suç duyuruları sonucunda veya re'sen savcılarının "kamu hukuku" adına davacı olmalarıyla ceza yargılaması başlar. Medeni usul hukukunda (özel hukuk davalarının yargılama hukuku) hak ve fiil ehliyetine sahip olan; bir başka ifadeyle ayırt etme gücüne sahip, reşit ve kısıtlı kişilerin davacı olabilecekleri kabul edilmiştir. Anayasa yargısında da somut norm denetimi (itiraz davası), soyut norm denetimi (iptal davası), bireysel başvuru, siyasi partilerin denetimi (parti kapatma davası) gibi farklı dava türleri mevcuttur. Bunlardan somut norm denetimi yoluna başvurabilmek için davanın görüldüğü mahkemenin, iptali istenen kanun hükmünün Anayasaya aykırı olduğunu re'sen gözetmesi veya tarafların bu yöndeki iddialarını gerçekçi bulması gerekmektedir². Başka bir deyişle taraf(lar)ın Anayasaya aykırılık iddiasında bulunması, davanın görüldüğü mahkeme üyelerinin bu dosyayı Anayasa Mahkemesi'ne götürmesi için tek başına yeterli değildir. Anayasa Mahkemesi'nin (AYM.) incelediği bir başka dava olan iptal davasının; sadece belli normların Anayasaya aykırı olduğu iddiasıyla ve belli kişiler/gruplar tarafından açılacakları Anayasanın 150. maddesi ile öngörülmüştür³. AYM.'nin görevi kapsamında bulunan siyasi parti kapatma davalarında ise bu davayı açabilme ehliyeti, sadece Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı'nda bulunmaktadır⁴. Nihayet AYM.'nin görevleri arasında sayılan ve gerçek kişilerin Anayasa Mahkemesi'ne doğrudan başvuru imkânı bulduğu "bireysel başvuru" yolunda dahi, belli şartları

¹ Sayılanlar dışında seçimlerin hukuka uygunluğunu denetleyen seçim yargısı ve adli yargı ile idari yargı organları arasındaki görev ve hüküm uyumsuzluklarında son sözü söyleme yetkisini haiz olan uyuşmazlık yargısı da mevcuttur.

² AY. m. 152:

"(1) Bir davaya bakmakta olan mahkeme, uygulanacak bir kanun veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin hükümlerini Anayasaya aykırı görürse veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varırsa, Anayasa Mahkemesinin bu konuda vereceği karara kadar davayı geri bırakır.

(2) Mahkeme, Anayasaya aykırılık iddiasını ciddi görmezse bu iddia, temyiz merciince esas hükümle birlikte karara bağlanır. Anayasa Mahkemesi, işin kendisine gelişinden başlamak üzere beş ay içinde kararını verir ve açıklar. Bu süre içinde karar verilmezse mahkeme davayı yürürlükteki kanun hükümlerine göre sonuçlandırır. Ancak, Anayasa Mahkemesinin kararı, esas hakkındaki karar kesinleşinceye kadar gelirse, mahkeme buna uymak zorundadır.

(3) Anayasa Mahkemesinin işin esasına girerek verdiği red kararının Resmî Gazetede yayımlanmasından sonra on yıl geçmedikçe aynı kanun hükmünün Anayasaya aykırılığı iddiasıyla tekrar başvuruda bulunulamaz."

³ AY m. 150:

"Kanunların, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin, Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü'nün veya bunların belirli madde ve hükümlerinin şekil ve esas bakımından Anayasaya aykırılığı iddiasıyla Anayasa Mahkemesinde doğrudan doğruya iptal davası açabilme hakkı, Cumhurbaşkanına, Türkiye Büyük Millet Meclisinde en fazla üyeye sahip iki siyasi parti grubuna ve üye tamsayısının en az beşte biri tutarındaki üyelere aittir."

⁴ AY. m. 68/4:

"Siyasi partilerin kapatılması, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının açacağı dava üzerine Anayasa Mahkemesince kesin olarak karara bağlanır."

taşıyan kişilerin bu başvuruları yapabilecekleri öngörülmüştür. Daha açık bir ifadeyle bu davalarda da başvurucunun ehliyetinin olup olmadığı, mahkemenin;

- Hem Anayasada hem de Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Ek Protokolleri'nde güvence altına alınan temel hak ve özgürlüklerden herhangi birinin kamu gücü tarafından ihlal edilmiş olması,
- İç hukuk yollarının tüketilmiş olması ve
- 6216 Sayılı “Anayasa Mahkemesi'nin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun”⁵ gereğince bireysel başvuru kapsamı dışında tutulan konulardan olmaması

şartlarının hepsinin başvurucuda mevcut olup olmadığını tespit etmesi üzerine belirlenecektir⁶.

Görüldüğü gibi hukukun tüm alanlarında yargısal sürece dâhil olabilmek için belli şartları taşımak zorunluluğu bulunmaktadır.

Diğer yargılama usullerinde olduğu gibi idari yargılama usulünde de herkesin değil, sadece belirli şartları taşıyan kişilerin davacı olabilmesi öngörülmüştür. Buna göre idari yargılama usulünde var olan iki dava türünde (iptal davası ve tam yargı davası) medeni usul hukukundaki ehliyet şartlarına ek olarak her bir dava için ayrı ehliyet kuralları bulunmaktadır. Buna göre, İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun (İYUK) 2. maddesinde; idari yargı organları önünde dava açabilmek için; genel dava açma şartı olan hak ve fiil ehliyetine ek olarak iptal davalarında “işlem nedeniyle menfaati ihlal edilmiş olmak”, tam yargı davalarında ise “kişisel hakları doğrudan muhtel olmak” şartı öngörülmüştür. Öngörülen bu ehliyetin şartları, tam yargı davaları bakımından “kişisel hakları doğrudan muhtel olmak” şeklinde belirtildiğinden sadece idari faaliyetler neticesinde doğrudan zarara uğrayanların tam yargı davalarını açma ehliyeti bulunduğu hususu, kanun lafzından açıkça anlaşıldığından, bu davalar özelinde Danıştay'ın uygulamasında fazla bir karışıklık yaşanmamıştır. Ancak iptal davaları için getirilen menfaat ihlali şartı menfaatin ne şekilde etkileneceği ve hangi durumlarda kimin dava açabilme ehliyetine sahip olduğu konusunda Danıştay'ın farklı zamanlarda verdiği farklı yönde kararlar mevcut olup, iptal davalarında ehliyet şartının varlığı somut olaya göre değerlendirilmelidir. Yine de Danıştay'ın verdiği emsal kararlar üzerinden buradaki sınırların netleştirilmesi söz konusu olacaktır.

Bu çalışma, idari yargı organları önünde görülen iptal davalarının sübjektif ehliyet şartlarının açıklığa kavuşturulması amacıyla kaleme alınmıştır. Ancak İYUK kapsamında her iki dava türü için farklı ehliyet koşulları öngörüldüğünden, bu sübjektif ehliyet koşullarının ayrı ayrı

⁵ 03.04.2011 tarihli ve 27894 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır. Resmi Gazete'nin ilgili sayısı için bkz. <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2011/04/20110403.htm>, ET. 03.09.2021.

⁶ 6216 Sayılı Kanun m. 45:

“(1) Herkes, Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve buna ek Türkiye'nin taraf olduğu protokoller kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilir.

(2) İhlale neden olduğu ileri sürülen işlem, eylem ya da ihmal için kanunda öngörülmüş idari ve yargısal başvuru yollarının tamamının bireysel başvuru yapılmadan önce tüketilmiş olması gerekir.

(3) Yasama işlemleri ile düzenleyici idari işlemler aleyhine doğrudan bireysel başvuru yapılamayacağı gibi Anayasa Mahkemesi kararları ile Anayasanın yargı denetimi dışında bıraktığı işlemler de bireysel başvurunun konusu olamaz.”

değerlendirilmesi halinde makalenin kapsamının bir hayli genişleyeceği düşünüldüğünden, bu makale kapsamında sadece iptal davaları bakımından ehliyet koşulları incelenecektir.

Bu çerçevede, iptal davaları için getirilen sübjektif dava ehliyetindeki “kişisel menfaat” teriminden anlaşılması gerekenin ne olduğu, hangi durularda kişisellik faktörünün dar yorumlanıp hangilerinde geniş yorumlandığı, Danıştay kararları ışığında ve doktrindeki yazarların görüşleri doğrultusunda ayrıntılı olarak ele alınacaktır.

Bu çerçevede çalışma iki ana bölümden oluşacaktır.

İlk bölümde öncelikli olarak ehliyet ve dava ehliyeti kavramlarının hukuki temelleri incelenecek, sonrasında İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun göndermede bulunduğu Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda ehliyet kavramının ne şekilde ele alındığı, şartlarının neler olduğu ve idari yargılama hukukunun bu hususta medeni usul hukukundan ayrılan yönleri ele alınacaktır. Ehliyet kavramının anlamının ve yargılama usulleri bakımından bu anlamların birbirinden farklılıklarının açıklanmasının ardından, ilk bölümün son kısmında İYUK m.2’de tanımlanan davalardan yola çıkılarak idari yargılama usulünde görülen dava türleri ve bu davalarda öngörülen sübjektif dava şartlarına değinilecektir. Ancak çalışmanın özü bu davalardan iptal davası için öngörülen sübjektif ehliyet şartındaki “kişisel menfaat” incelemesi olduğundan, diğer dava türleri bakımından ayrıntılı değerlendirmede bulunulmayacaktır. Çalışmanın ikinci bölümünde ise yüksek yargı mercilerinin, iptal davalarında sübjektif ehliyet koşullarından “*kişisellik*” kriterine yaklaşımı örnek Danıştay kararları üzerinden değerlendirilecektir.

Ehliyet koşulunun, davanın esasına geçilmesinden önce idari yargı organı tarafından incelenen “ilk inceleme konuları” arasında değerlendirildiği de göz önünde bulundurulduğunda, idarenin hukuka aykırılık durumu veya zarardaki sorumluluğu ne denli büyük olursa olsun sübjektif dava ehliyetine sahip olmayan bir kişinin açtığı davanın doğrudan reddedileceği, bu durumun sonradan ortaya çıkması veya ehliyet şartlarının dava devam ederken kaybedilmesi halinde de aynı sonuçla karşılaşılacağı gerçeği karşısında bu çalışmanın uygulamaya ve doktrine faydalı olması en büyük temennidir.

I. EHLİYET VE DAVA EHLİYETİNİN KAVRAMSAL TEMELLERİ VE İDARİ YARGIDA SÜBJEKTİF DAVA EHLİYETİ

1. Ehliyet ve Dava Ehliyeti Kavramları

Ehliyet kavramı Türk Hukuk Lügatı’nda, “*hukuk süjesinin haklara sahip olması, haklarını kullanması, vazife, mükellefiyet ve mesuliyetler yüklenebilmesi*” olarak tanımlanmıştır⁷. Dava ehliyeti ise biri dar diğeri geniş anlamda olmak üzere iki anlamda kullanılmaktadır. Buna göre geniş anlamda dava ehliyeti; “*usul hukuku bakımından davacı veya müddeialeyh sıfatıyla bizzat veya vekil yahut mümessil vasıtasıyla adli adli muamele yapabilme kabiliyeti*” ni ifade ederken⁸, dar anlamda dava ehliyeti, “*usul hukuku bakımından davacı veya müddeialeyh sıfatıyla bizzat veya vekil vasıtasıyla muamele yapabilme kabiliyeti*” olarak tanımlanmıştır⁹. Doktrinde de genel itibarıyla dava ehliyeti, “*bir kişinin kendi başına veya yetkili kıldığı bir temsilci aracılığıyla*

⁷ Türk Hukuk Lügatı, 3. Baskı, Başbakanlık Basımevi, Ankara, 1991, s. 81.

⁸ Türk Hukuk Lügatı, s. 64.

⁹ Türk Hukuk Lügatı, s. 64.

yargılamayı yürütebilmesi ve tüm usuli işlemleri kendi başına veya kendisinin seçtiği bir temsilci aracılığıyla geçerli bir şekilde yapabilme veya kabul edebilme ehliyeti” olarak, bu tanıma benzer şekilde tanımlanmıştır¹⁰. Bir diğer tanıma göre, “davanın açılması da dâhil olmak üzere, bütün usul işlemleri ancak ve yalnızca dava ehliyetine sahip bulunan kişilerce yapılabileceğinden, medeni hakları kullanma ehliyetine sahip olmayanların dava ehliyeti de bulunmayacağından bu kişilerce yapılan usulü işlemler, kural olarak, hiçbir hüküm ve sonuç doğurmayacaktır.”¹¹

2. Taraf Ve Dava Ehliyetinin, Tabi Olunan Usul Hukuku Bakımından Farklı Anlamları

Medeni usul hukukunda dava ehliyeti, “davayı yürütebilme ve usulü işlemleri yapabilme yeteneği olup, medeni hukuktaki fiil ehliyetinin, usul hukukunda büründüğü şekil” olarak tanımlanmaktadır¹². Başka bir ifadeyle, ayırt etme gücüne sahip, ergin ve kısıtlanmamış gerçek kişilerin dava ehliyetinin var olduğu söylenebilir¹³. Fiil ehliyetine sahip olan bir kişinin, evleviyetle hak ehliyetine sahip olduğu düşünüldüğünde (anne karnından tam ve sağ doğmak) medeni usul hukukunda dava ehliyeti, “hak ve fiil ehliyetine sahip olmak” olarak özetlenebilir. Dava ehliyetinin bu tanımı sadece doktrinin yorumu olmayıp; temeli, Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK.) m. 51/1 maddesindeki “Dava ehliyeti, medeni hakları kullanma ehliyetine göre belirlenir.” hükmüne dayanmaktadır. İYUK bu hususta Hukuk Muhakemeleri Kanunu’na atıfta bulunmuş ve medeni yargılamadaki ehliyet koşulu, idari yargıda da aranmıştır¹⁴.

Bir diğer kavram olan taraf ehliyeti ise davada taraf olabilmeyi ifade ederken, bu kavram medeni hukuktaki hak ehliyetinin usul hukukundaki yansıması olarak kabul edilmektedir.

Medeni usul hukukundaki bu genel (objektif) dava ehliyetinin yanında, idari yargıda görülen davalarda, idari yargılama usulüne mahsus (sübjektif) ehliyet şartları mevcuttur¹⁵. İdari yargıdaki dava türlerinin neler olduğu ve bu davalardaki sübjektif ehliyet şartları, İYUK’un 2. maddesinde ifade edilmektedir.

3. İdari Yargıda Dava Türleri Ve Sübjektif Dava Ehliyeti

İYUK’un “İdari dava türleri ve idari yargı yetkisinin sınırı” başlıklı 2. maddesinde idari dava türleri üç başlık altında sayılmıştır. Buna göre idari davalar;

- İdarî işlemler hakkında yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden biri ile hukuka aykırı olduklarından dolayı iptalleri için menfaatleri ihlâl edilenler tarafından açılan iptal davaları,
- İdari eylem ve işlemlerden dolayı kişisel hakları doğrudan muhtel olanlar tarafından açılan tam yargı davaları,

¹⁰ Atıcı, Cansu. *Medeni Usul Hukukunda Dava Ehliyeti*, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 45.

¹¹ Kaplan, Gürsel. “Danıştay Kararları ve İlgili Özel Düzenlemeler Çerçevesinde İdari Yargıda Ehliyet ve Husumet”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 2011, C. 69, S. 1-2, s. 352.

¹² Atalı, Murat / Ermenek, İbrahim. *Medeni Usul Hukuku*, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020, s. 142, 143; Umar, Bilge. “Medeni Usul Hukukunda Davanın Dinlenme Şartı Olarak Ehliyet”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 29, S. 3, s. 602; Yücesoy, Ayşe Aslı. *İdari Yargılama Hukukunda İptal Davalarında Menfaat*, 1. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2016, s. 28.

¹³ Epözdemir, Rezzan. *Taraf Ehliyeti*, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017, s. 27, 28.

¹⁴ Alica Gökalp, Süheyla Suzan, “Çevrenin Korunmasına İlişkin İptal Davalarında Kişisel Menfaat Kavramı”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2018, S. 139, s. 168.

¹⁵ Çağlayan, Ramazan. *İdari Yargılama Hukuku*, 12. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2020, s. 296.

- Tahkim yolu öngörülen imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklar hariç, kamu hizmetlerinden birinin yürütülmesi için yapılan her türlü idari sözleşmelerden dolayı taraflar arasında çıkan uyuşmazlıklara ilişkin davalar

olarak sıralanmıştır.

Bunun yanında İYUK'un 31/2. maddesinde; *“Bu Kanun ve yukarıdaki fıkra uyarınca Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununa atıfta bulunulan haller saklı kalmak üzere, vergi uyuşmazlıklarının çözümünde Vergi Usul Kanununun ilgili hükümleri uygulanır.”* hükmü yer almaktadır.

Bu hükümler birlikte değerlendirildiğinde idari yargıda iptal davası, tam yargı davası, sözleşmelerden doğan davalar ve vergi davaları olmak üzere dört ayrı dava türü olduğu düşünülebilir ise de *“sözleşme davaları”* ve *“vergi davaları”* şeklinde ayrı dava türlerinin kabulünün pek mümkün olmadığı belirtilmektedir¹⁶. Gerçekten tahkim yolu öngörülen imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinde uyuşmazlık konusu dava tahkimde çözüleceği için bu tür davalarda idari yargı zaten görevli değildir. Ancak sözleşmede tahkim öngörülmemiş ise de bu kez idari sözleşmenin niteliği önem kazanacaktır. Zira Danıştay Kanunu (DK) m. 24'te *“...tahkim yolu öngörülmeven kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan idari davalar”*, ilk derece mahkemesi sıfatıyla Danıştay'ın bakacağı davalar arasında sayılmıştır¹⁷. DK 24. madde hükmünde sadece imtiyaz sözleşmelerinden bahsedildiği için, bunun dışındaki diğer idari sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıklarda ise ilk derece mahkemelerinin görevli mahkeme olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Ancak idari sözleşmelerden kaynaklanan davaların idari yargıda görülüyor olması, bu sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıkların ayrı bir dava türünün konusunu oluşturması anlamına gelmemektedir. Zira sözleşmenin hükümlerinin idarece hatalı yorumlanmasından, uygulanmasından veya uygulanmamasından kaynaklanan bir zarar var ise İYUK m. 12 gereği bu zarar tam yargı davası yoluyla istenebilecek; sözleşme hükümlerine rağmen idarenin farklı bir işlem yapması nedeniyle hukuka aykırılık söz konusu ise de bu hukuka aykırılık iddiası, iptal davasına konu edilerek idari yargı önünde çözüme kavuşturulabilecektir. Aynı durum vergi uyuşmazlıkları için de geçerlidir.

Bu açıklamalardan hareketle, her ne kadar İYUK m. 2'de üç ana başlıkta sıralanmış ve aynı kanunun 31. maddesinde vergi uyuşmazlıklarından kaynaklanan davalar ayrıca zikredilmiş ise de kanunun genel lafzı gereği, idari yargıdaki davaların iptal davası ve tam yargı davasından ibaret olduğu, sözleşmelerin ve vergi uyuşmazlıklarının ise somut olaya göre bu dava türlerinden birinin veya her ikisinin konusunu oluşturduğu düşünülmektedir. Bu iki temel davanın idari yargı sistemi içindeki rolü, doktrinde; *“İdarenin, özel hukukla kavranamayan etkinlikleri sonucunda, kişilerin hukuk düzenince korunan mal ve şahıs varlığında yaratılan bozukluk, yani zarar, tam yargı davası*

¹⁶ Duran, Lütfü. “İdari Yargı Adlileşti”, *İdare Hukuku İlimleri Dergisi*, 1982, C. 3, S. 1-3, s. 80, 81.

¹⁷ **DK m. 24/f:**

“Danıştay ... tahkim yolu öngörülmeven kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan idari davaları karara bağlar.”

ile düzeltilirken hukuk düzeninde yarattığı bozukluk ise iptal davası ile giderilir.”¹⁸ şeklinde açıklanmıştır.

İdari yargıda açılacak davalarda, objektif dava ehliyetinin yanında bu davalara özgü (sübjektif) dava ehliyetinin bulunduğu daha önceden belirtilmişti. İşte idari davalardaki bu sübjektif ehliyet koşulları, bahsi geçen iptal ve tam yargı bakımından farklılık göstermektedir. Bu sübjektif ehliyet koşullarını incelemeye başlamadan, her iki dava türünde de sübjektif dava ehliyetinin, ilk inceleme (dava şartı) unsurları arasında yer aldığını vurgulamak gerekmektedir¹⁹. Bir başka ifadeyle idarenin işlemi, unsurların (yetki, şekil, sebep, konu ve maksat) tümüne aykırı olsa veya davacı, idarenin eylem veya işlemi nedeniyle zarara uğramış olsa dahi, sübjektif ehliyeti olmayan bir kişi tarafından iptal veya tam yargı davası açılması halinde, davacının iddialarının değerlendirilmesi aşamasına (davanın esas incelemesine) geçilmeden, sadece ehliyet yönünden dava reddedilecektir.

İptal davalarında aranan sübjektif ehliyeti İYUK'ta iptal davalarının tanımının yapıldığı 2. maddenin satır aralarında yerini almıştır. Maddede yer alan “İdarî işlemler hakkında yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden biri ile hukuka aykırı olduklarından dolayı iptalleri için menfaatleri ihlâl edilenler tarafından açılan iptal davaları” ifadesinden, iptal davalarının kimler tarafından açılabileceği (sübjektif ehliyet koşulları) belirtilmiştir. Buna göre iptal davaları, idari işlem nedeniyle menfaatleri ihlal edilenler tarafından açılabilecektir. Özetle iptal davalarının sübjektif dava ehliyeti “menfaat ihlali” dir. Menfaat ihlali, doktrinde “iptal davasına konu edilmek istenen işlemin, ilgilinin hukuksal durumunda olumsuz etki doğurmuş olması” şeklinde yorumlanmıştır²⁰.

Çalışmada daha önce de belirtildiği üzere, İYUK'un 2. maddesinde dava türleri olarak iptal davalarının yanında tam yargı davalarının da ismi geçmektedir. Hatta maddenin lafzından, sübjektif ehliyet şartları bakımından, her iki davanın birbirinden farklı olduğu ve tam yargı davalarında ehliyet şartı olarak “kişisel hak ihlali” arandığı da çalışmanın daha önceki kısımlarında belirtilmişti. Ancak makalenin konusu sadece iptal davaları özelindeki sübjektif ehliyet şartlarını incelemekle sınırlı olduğundan, konu bütünlüğünü bozmamak amacıyla, tam yargı davaları bahsine bu çalışmada değinilmeyecektir.

¹⁸ Karahanoğulları Onur. “Birel İşlemlere Karşı Açılan İptal Davalarında İlgi Bağı Sorunu”, *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, 2007, C. 62, S. 3, s. 203.

¹⁹ İYUK m. 14/3 hükmünde yer alan; “Dilekçeler, Danıştayda daire başkanının görevlendireceği bir tetkik hakimi, idare ve vergi mahkemelerinde ise mahkeme başkanı veya görevlendireceği bir üye tarafından:

- a) Görev ve yetki,
- b) İdari merci tecavüzü,
- c) Ehliyet,
- d) İdari davaya konu olacak kesin ve yürütülmesi gereken bir işlem olup olmadığı,
- e) Süre aşımı,
- f) Husumet,
- g) 3 ve 5 inci maddelere uygun olup olmadıkları,

Yönlerinden sırasıyla incelenir.” hükmü ile 15/1-(b) hükmünde yer alan “... 14. maddenin 3/c ... bentlerinde yazılı hallerde davanın reddine ... karar verilir.” hükümleri beraber incelendiğinde, “ehliyet” koşulunun davanın esasına geçilebilmesi için bir ön koşul (dava şartı) olduğu söylenebilir.

²⁰ Ulusoy, Ali D. *Yeni Türk İdare Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 725.

II. YÜKSEK YARGI ORGANLARININ İPTAL DAVALARINDA SÜBJEKTİF DAVA EHLİYETİNDE KİŞİSELLİK FAKTÖRÜNE YAKLAŞIMI

İYUK m. 2’de iptal davaları için öngörülen “menfaat ihlali” şartının ayrıntıları yıllar içinde, idari yargıdaki temyiz ve içtihat organı olan Danıştay tarafından açıklığa kavuşturulmuştur. Buna göre idari yargıda iptal davası açılabilmesi için menfaatin kişisel, güncel ve meşru olması gerekmektedir²¹. Çalışmada konu bütünlüğünün bozulmaması açısından, zaman içinde Danıştay içtihatlarıyla belirlenen, bazen değişikliğe uğrayan bu üç durum içinden, sadece ilki olan “kişisel menfaat” üzerinde durulacaktır.

Zira menfaatin meşru ve güncel olmasından ziyade Danıştay’ın kişisellikten ne anlaşılması gerektiği hususundaki içtihatları, kimlerin hangi konularda dava açabileceği hususunun tespiti bakımından, diğerlerinden daha ayrıntılı incelenmesi gereken bir konudur.

Fransız idari yargı uygulamasında, iptal davasının, işlemin iptali yönünde hüküm verilmesinde menfaati olan herkes tarafından açılabilmesi belirtilirken²², başka bir ifadeyle menfaat ilişkisinin Fransız idari yargı sisteminde geniş yorumlandığı belirtilmişken, Türk hukukunda ise iptal davası için istenen sübjektif ehliyetten menfaatin kişiselliğinin bazı durumlarda dar yorumlandığı; bununla birlikte aynı dava şartının, başka farklı davalarda olabildiğince geniş yorumlandığı ve ehliyet şartının sağlandığı yönünde içtihatların olduğu da görülmektedir. Bu nedenle çalışmada iptal davalarında sübjektif ehliyet şartı, “menfaatin kişiselliği”nin değerlendirilmesi bakımından örnek davalar üzerinden ayrı ayrı incelenecektir.

1. Sübjektif Dava Ehliyetinde Menfaat İhlalinde Kişisellik Faktörünün Geniş Yorumlanması

Menfaat ihlalinde her ne kadar menfaatin “kişisel, güncel ve meşru” olması şartı sunulmuş ise de genelde işlemde dolaylı olarak da olsa etkilenen gerçek ve tüzel kişilerin iptal davasında sübjektif ehliyetinin olduğu kabul edilmektedir. Başka bir ifadeyle, menfaatin kişisel olması koşulu işlemin doğrudan dava açacak kişiye karşı yapılması zorunluluğunu gerektirmez²³. Bu konuda Danıştay’ın çeşitli tarihlerde çeşitli daireler veya bazen idari veya vergi dava daireleri genel kurullarınca verilen kararları mevcut ise de genel itibarıyla davalarda “kişisellik” faktörünün nasıl yorumlanması gerektiğine yönelik bir İçtihadı Birleştirme Genel Kurul Kararı da vardır. Söz konusu karda Danıştay bu konuda önemli bir içtihadı imza atmış ve “İptal davaları ile idari işlemlerin hukuka uygun olup olmadıklarının saptanmasına, hukukun üstünlüğünün sağlanmasına, böylelikle idarenin hukuka bağlılığının belirlenmesine, sonuçta hukuk devleti ilkesinin gerçekleştirilebilmesine olanak sağlandığından, bu davalarda menfaat ilişkisinin dar yorumlanmaması gerekmektedir.” demek suretiyle bu konudaki genel eğilimini ortaya koymuştur. Danıştay Kanunu’nun 40. maddesine göre Danıştay İçtihadı Bileştirme Genel Kurul Kararlarını

²¹ Menfaat ihlalinin; kişisel, güncel ve meşru olması gerektiği yönündeki emsal kararlar için bkz. Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, E. 2004/3, K. 2005/2371, KT. 06.10.2005; Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, E. 2012/14, K. 2012/2158, KT. 21.11.2012; Danıştay 10. Dairesi, E. 1997/1372, K. 1997/1314, KT. 14.04.1997.

²² Burtan, Çağlar Burak. *İdari Yargıda Ehliyet ve Husumet*, 1. Baskı, Der Yayınları, İstanbul, 2019, s. 87.

²³ Bağrıaçık, Ahmet. “Danıştay Kararları Işığında İdari Yargıda Menfaat İhlali”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2016, C. 7, S. 2, s. 43. Aynı yöndeki görüş için bkz. Ragıp Sarıca. *İdari Kaza C.1*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Kenan Matbaası, İstanbul, 1949, s. 42.

(DİBGKK) diğer Danıştay kararlarından ayıran özellik, bu kararların idareyi, tarafları ve herkesi bağlamasıdır²⁴.

Bu karardan da yola çıkarak, Danıştay'ın zaman içinde verdiği birçok kararda menfaatin kişiselliğinin olabildiğince geniş yorumlandığı görülmektedir. Gerçekten de idarenin yargısal denetimi nasıl hukuk devletinin olmazsa olmazıysa; bu denetimin anlamlı ve etkin bir şekilde yapılabilmesinin en güçlü aracı da iptal davası olarak kabul edilir²⁵. Bu yönüyle iptal davaları, hukuk devletinin güvencesi olarak görülmekte ve idarenin hukuka aykırı işlemlerini ortadan kaldırma vasfı nedeniyle “eşsiz” olarak nitelendirilmektedir²⁶. Başka bir ifadeyle iptal davasının iki amacından birisi, davacının kendi aleyhine sonuç doğuran bir işlemi ortadan kaldırması iken, diğer amaç ise idarenin hukuka uygun davranmasının sağlanmasıdır²⁷. İşte iptal davalarında kişisel menfaat şartının dar yorumlanması, idarenin birçok hukuka aykırı işleminin yargı denetimine tabi olmaması sonucunu doğuracaktır²⁸. Zira idarenin, idare edilenlere güven verecek derecede hukuk düzenine bağlı olmasının yolu, işlemlerin ve eylemlerin yargı denetimine tabi olmasından geçmektedir²⁹. Dolayısıyla iptal davalarında sübjektif ehliyet koşulu olan kişisel menfaat koşulunun geniş yorumlanması, hukuk devletinin bir gereğidir. Danıştay da Anayasanın değişmez ve değiştirilmesi teklif dahi edilemez olan bu ilkenin temini için bu kişisel menfaat koşulunu geniş yorumlama eğilimindedir.

Örneğin Danıştay, 2001 yılında verdiği bir kararda vefat eden bir kişinin, daha önce tarihi sit alanı olarak koruma altına alınan Süleymaniye Camii'ne defnedilmesine ilişkin Bakanlar Kurulu kararının iptali için “vatandaş” sıfatıyla açılan davada, ilgili Danıştay dairesinin ehliyet bakımından davayı ilk incelemeyen reddetmesi üzerine, “... dava konusu Bakanlar Kurulu kararı ile defin yapılacak olan yerdeki Süleymaniye Camii ve çevresinin İstanbul Kültür ve Tabiat Varlıkları Koruma Kurulu'nun kararıyla 'kentsel ve tarihi SİT, kentsel ve arkeolojik SİT alanı' olarak kabul ve ilan edilmiş olduğu iddiasıyla, söz konusu Bakanlar Kurulu kararının iptali istemiyle, taşınmaz kültür ve tabiat varlıklarının korunması açısından her vatandaşın dava açmada menfaati bulunduğu kabulü gerekeceğinden, davacının vatandaş olarak, bir kişinin belediye mezarlığı dışında özel bir yere defnini öngören Bakanlar Kurulu kararının iptalini istemekte menfaati bulunduğu açık olup; davanın ehliyet yönünden reddi yolunda verilen kararda hukuka uygunluk bulunmamaktadır”³⁰ diyerek, sadece kültür ve tabiat varlıklarının korunmasında

²⁴ **Danıştay Kanunu m. 40/4:** “Bu kararlara, Danıştay daire ve kurulları ile idari mahkemeler ve idare uymak zorundadır.” Ancak buradaki “herkes” ifadesini, idari yargılama hukuku bakımından sınırlı şekilde anlamak gerekmektedir. Zira bu kararlar, idari yargı özelinde bağlayıcılık özelliğine sahip olduğu için adli yargıda görülmekte olan davalar ile Anayasa Mahkemesi'nde görülen davalar bakımından bir bağlayıcılığı bulunmamaktadır.

²⁵ Erdem, Jülide Gül. “İptal Davasında Menfaat İhlali Koşulu”, *Memleket, Siyaset, Yönetim Dergisi*, 2017, C. 12, S. 27, s. 99.

²⁶ Erdinç, Burcu. “İptal Davasında Menfaat İhlali Koşulu ve Menfaat Kavramının Yorumlanması”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2021, C.29, S.2, s. 1087, 1088.

²⁷ Altundış, Mehmet. “İdari Yargıda Dava Açma Ehliyeti”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2007, S. 69, s. 350.

²⁸ Şenol Coşkun. “İdari Yargıda Ehliyet”, *İstanbul Kültür Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı* (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul, 2009, s. 88.

²⁹ Şenol Coşkun. “İptal Davalarında Menfaat İhlali Koşulu (Danıştay ve AYİM Kararları Işığında)”, *Terazi Hukuk Dergisi*, C. 5, S. 46, s. 139.

³⁰ Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, E. 2001/415, K. 2001/737, KT. 19.10.2001.

vatandaş olmanın dava açabilmek için yeterli olduğuna karar vermiştir³¹. Bu kararın son derece isabetli olduğu düşünülmektedir. Zira kentsel ve arkeolojik SİT alanları, 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu'nun "Tanımlar" başlıklı 3. maddesinin (a) fıkrasının 3 nolu bendinde; "*tarih öncesinden günümüze kadar gelen çeşitli medeniyetlerin ürünü olup, yaşadıkları devirlerin sosyal, ekonomik, mimari ve benzeri özelliklerini yansıtan kent ve kent kalıntıları, kültür varlıklarının yoğun olarak bulunduğu sosyal yaşama konu olmuş veya önemli tarihi hadiselerin cereyan ettiği yerler ve tespiti yapılmış tabiat özellikleri ile korunması gerekli alanlar*" olarak tanımlanmıştır. Tanımdaki "...*tabiat özellikleri ile korunması gerekli alanlar*" ifadesinin bir sonucu olarak tarihi kişiliklerin mezarlarının bulunduğu bir alana yakın geçmişte vefat eden bir kişinin defnedilmesi, tarihi dokusunun zarar görmemesi gereken bir bölgenin yapısının zarar görebilme ihtimali taşıdığından, alınan bu kararın nedeniyle o devletin bir vatandaşının, sadece vatandaş olarak menfaatinin ihlal edildiğinin ve iptal davası açabilmesinde sübjektif ehliyete sahip olduğunun kabulü gerekmektedir.

Yine dava ehliyeti bakımından sadece vatandaş olmanın yeterli görüldüğü başka bir karar, ünlü Türk şairi Nazım Hikmet RAN'ın vatandaşlıktan çıkartılmasına ilişkin işlemin iptali için, ünlü şairle herhangi bir akrabalık bağı bulunmayan bir vatandaşın açtığı davada verilen karardır³². İlgili kararda Danıştay, "*Nazım Hikmet Ran Türk dünyasının ve 20. Yüzyıl dünya edebiyatının en büyük şairlerinden olup, milletlerarası bir kurum olan UNESCO'nun, şairin 100. doğum yılı anısına 2002 yılını Nazım Hikmet Yılı ilan etmesi bu gerçeğin bir tasdiki olmaktadır. Nazım Hikmet'in Türk ve Doğu halklarının şiirini büyük ölçüde etkilemiş, şiirde yeni yollar açmış, geçmiş ve gelecek yüzyılların ebediyen yaşayacak bir klasiği olması itibariyle, hakkındaki vatandaşlıktan iskat kararının nüfus kütüğüne tesciline ilişkin işlemin iptali istemi ile açılan bu davada, davacının güncel menfaati bulunduğu gibi, adı geçen şairin, ulusal sınırları da aşarak dünya çapında kabul görmüş bir sanatçı olması nedeniyle, bir vatandaş olarak davacının kişisel ve meşru menfaatinin de ihlal edildiği anlaşıldığından, bakılan davada, davacının sübjektif ehliyetinin varlığı kabul edilmek suretiyle davanın esasının incelenmesi gerekmektedir.*" demek suretiyle somut olayda dış ülkelerde Türk adıyla tanınan bir şairin Türkiye Cumhuriyeti vatandaşlığından çıkartılması işlemine karşı vatandaşın dava açabilme hakkının olduğunu kabul etmiştir. Danıştay'ın bu davada da sübjektif ehliyet açısından yerinde ve ufuk açıcı bir karar verdiği düşünülmektedir. Şöyle ki ülkemizi Türk vatandaşı kimliği ile yurt dışında tanıtan ve yine Türk kimliği ile uluslararası üne sahip olan bir edebi kişiliğin, temsil ettiği ülkenin vatandaşlığından çıkartılması yönündeki idari işlemin, aynı kimlik ile kendisini temsil eden herhangi bir vatandaşın menfaatinin ihlal etmesi, başka bir ifadeyle böyle bir işlemin iptali için, sadece vatandaş olması nedeniyle bir kişinin idari yargıya başvurabilmesi hayatın olağan akışına aykırılık teşkil etmez. Bunun yanında, ülkeye mal olmuş ve vatandaşlıktan çıkartılması yönünde karar alınan kişinin işlem tarihinde hayatta olmaması karşısında, bu kişinin vatandaşlık haklarının korunması için herhangi bir vatandaşın idari yargıda iptal davası açması, hukuk devletinin tesisi için son derece önemlidir.

³¹ Bunun gibi, geneli ilgilendiren durumlarda sadece "vatandaşlık bağının" iptal davası açılması için yeterli koşul sayılmasının isabetli olacağı yönündeki görüş için bkz. Kalabalık Halil. *İdari Yargılama Usulü Hukuku*, 15. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 195.

³² Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, E. 2007/7369, K. 2008/3264, KT. 03.06.2008.

Bu örneklerin yanında tartışılması gereken başka bir nokta; milletvekili sıfatının, sadece bu sıfat nedeniyle kişiye idari yargıda açılacak iptal davasında davacı olabilme hakkı tanınmasının mümkün olup olmamasıdır. Bir kişinin milletvekili olması nedeniyle idari yargı organları önünde davacı olabilmemesinin sübjektif ehliyet bakımından kabulünün günümüz idari yargı sisteminde kabul görmediği belirtilmektedir³³. Ancak Anayasa'nın 80. maddesi gereğince, milletvekilinin sadece seçildikleri ilin değil tüm milletin temsilcisi olması nedeniyle, bu temsil yeteneğinin bir sonucu olarak idari yargıda iptal davası açabilmesinin önünde bir engel bulunmamaktadır. Zira Danıştay, Toplu Konut ve Kamu Ortaklığı Kurulu'nun 30.4.1987 tarih ve 54 sayılı kararı ile özelleştirilmesine karar verilen Uçak Servisi A. Ş. (USAŞ)'nin satışla ilgili anlaşma yapma yetkisi verilmesine ilişkin işlemin iptali için, dönemin ana muhalefet partisi milletvekilinin açtığı davada, sübjektif ehliyetinin bulunduğu karar vermiştir³⁴. Bu karar da kanımızca son derece yerindedir. Şöyle ki milletvekillerinin dava ehliyeti farklı boyutlardan ele alınmalıdır: Öncelikle Anayasaya göre bir milletvekilinin dava hakkı dar anlamda yorumlandığında, sadece bir kanunun veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin, Anayasaya aykırı olduğu iddiası ile sınırlı kalmakta ve sadece Anayasa yargısı bakımından tanınmaktadır. Ancak bu hak dahi her milletvekilinin sadece milletvekili sıfatının bir getirisi olarak Anayasa yargısına başvurmasına cevaz vermemektedir. Zira Anayasanın 150. maddesinde düzenlenen "*Kanunların, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin, Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü'nün veya bunların belirli madde ve hükümlerinin şekil ve esas bakımından Anayasaya aykırılığı iddiasıyla Anayasa Mahkemesinde doğrudan doğruya iptal davası açabilme hakkı, Cumhurbaşkanına, Türkiye Büyük Millet Meclisinde en fazla üyeye sahip iki siyasi parti grubuna ve üye tamsayısının en az beşte biri tutarındaki üyelere aittir.*" hükmü gereğince bir kanunun tamamının veya belli bir bölümünün Anayasaya aykırı olduğu gerekçesiyle Anayasa Mahkemesi'nce iptal edilme hakkı meclisinin en fazla üyeye sahip siyasi parti grubundaki milletvekillerine verilmiştir. Bu iki parti dışındaki partilere mensup veya bağımsız milletvekilleri için tek başına Anayasa Mahkemesi'ne başvuru şansı söz konusu değildir ve bu kişilerin mevcut sandalye dağılımına göre en az 119 milletvekilinin desteğini alması gerekmektedir. Kaldı ki bu şartlar sağlanmış olsa dahi açılacak dava, ilgili kanunun veya kanun hükmünün Anayasaya aykırı olduğu iddiasına dayanmalıdır. Ancak milletvekillerinin, ettikleri yemin gereğince tabi oldukları Anayasaya sadakat yükümlülüğünün bir sonucu olarak, dava ehliyetlerinin olabildiğince geniş yorumlanması gerekmektedir. Dolayısıyla bir milletvekilinin sadece kanunların Anayasaya uygunluğunun denetimi için Anayasa Mahkemesi ile sınırlı bir dava ehliyetinin değil, yapılan bir idari işlemin hukuka uygunluğunun denetimi için de idari yargı organları önünde dava ehliyetinin var olduğunun kabulü gerekir. Bu yöndeki bir yorum sayesinde, mecliste bağımsız veya en çok sandalye sayısına sahip siyasi partilere mensup olanlar dışındaki bir siyasi partinin milletvekili, yapılan bir idari işlemde haberdar olduğunda, o işlemin iptali için idari yargı önünde bu sıfatının bir gereği olarak dava açabilecek, herhangi bir sınırlamaya tabi olmaksızın sadakat yemini ettiği Anayasanın en önemli ilkelerinden biri olan hukuk devleti ilkesinin tesisini sağlayabilecektir.

İdari yargı organları önünde görülen iptal davalarında sübjektif dava ehliyetinin geniş yorumlandığı bir diğer durum sivil toplum kuruluşlarının (STK.) tüzel kişiliklerine veya üyelerine

³³ Altundış, s. 370.

³⁴ Danıştay 10. Dairesi, E. 1990/2308, K. 1991/3355, KT. 25.11.1991.

yönelik işlemlerde karşımıza çıkmaktadır. Bu tür bir durumda Danıştay'ın genel eğilimi, bu tüzel kişilerin sadece tüzel kişilikleri nedeniyle sübjektif dava ehliyetine sahip olduğu yönündedir. Danıştay'ın Dışişleri Bakanlığı Emekli Müsteşar Yardımcısı 'ın "Terörle Mücadele Özel Temsilcisi" olarak görevlendirilmesine ilişkin işlemin iptali istemiyle açılan davada³⁵, "*Davacı Derneğin Tüzüğünde, Derneğin amaçları arasında; Türk Milletinin hukukunun korunması için her türlü girişimde bulunmak, bu konuda gerekli müracaatlarda bulunarak dava açmak da bulunduğu, derneğin sübjektif ehliyete sahip olduğu*" yönündeki içtihadı, bu durumu ortaya koymaktadır. Ancak makalenin ilerleyen bölümlerinde incelenecek kararlarda da görüleceği üzere; bir dernek, vakıf veya sendikanın kuruluş tüzüğünde üyeleri ile ilgili konularda dava açabilme yetkisinin açıkça tanınmış olması sübjektif ehliyet için olmazsa olmaz koşuldur.

İptal davalarında dava ehliyeti bakımından Danıştay'ın belirlediği ilkelere bir diğeri, semt veya belde sakinlerinin, sakini buldukları bölgeyi (semt/beldeyi, mahalleyi vs.) etkileyen işlemlere karşı dava açma haklarının bulunmasıdır. Örneğin 2003 yılında Danıştay'ın önüne gelen bir uyuşmazlıkta, davacı, akaryakıt satış istasyonu işleten Anonim Şirket olup, işletmenin yakınlarında bulunan taşınmazda bulunan bir tekstil fabrikasının, özelleştirme idaresi tarafından satılması sonrasında bu fabrikanın bulunduğu taşınmazda imar değişikliği yapması nedeniyle, şirketin menfaatinin ihlal edildiğinden bahisle söz konusu imar değişikliğinin iptali için dava açmıştır. Yerel mahkeme, ilgili anonim şirketin sübjektif dava ehliyetine sahip olmadığından bahisle davayı ilk incelemeden reddetmiştir. Dosyanın temyiz edilmesi üzerine Danıştay, "*imar planları kamu yararını ilgilendiren genel nitelikte düzenleyici işlemler olduğundan, semt sakini sıfatıyla menfaatinin ihlal edildiğinden bahisle dava açma hakkı bulunan davacının imar planı tadilatının iptali istemiyle açtığı bu davada dava açma ehliyetinin bulunduğu*" gerekçesiyle yerel mahkeme kararını bozmuştur³⁶. Burada imar plan değişikliklerinin hukuki statüsü bakımından Danıştay'ın ortaya koyduğu yorum önemlidir. Zira bu tür işlemler, plan değişikliği nedeniyle hukuki statüsünde değişiklik meydana getiren taşınmaz sahibi bakımından bireysel nitelikli olmakla beraber, çevredeki diğer arsa ve arazi sahipleri bakımından ise düzenleyici nitelikli işlemlerdir. Karardan açıkça anlaşılacak şekilde, tekstil fabrikası olarak işletilen işletmenin satılması sonrasında yapılan imar değişikliği, akaryakıt istasyonunun gelirlerini önemli ölçüde azaltabileceğinden, aynı semtte bulunan davacının bu imar değişikliği nedeniyle menfaatinin ihlal edileceğinin kabulü gerekmektedir. Bu gerekçelerle Danıştay'ın bu yöndeki kararının isabetli olduğu mütalaa edilmektedir.

Yine kolektif (kurul) işlemlerde, oy çokluğu ile alınan kararlara muhalif kalan üyenin, idari yargıda iptal davası açabilmek için sübjektif ehliyetinin bulunduğu, Danıştay kararları ile sabittir. Yerel yönetimlerde alınan kararlar bakımından; Belediyeler Kanunu'nda Belediye Başkanı'na, Büyükşehir Belediyesi Kanunu'nda ise Büyükşehir Belediye Başkanı'na meclise iade ettiği bir kararın yeniden önüne gelmesi durumunda iptal davası açabilme hakkı bizzat ilgili kanunlarda verilmiş olduğundan bu konuda Danıştay kararlarında aksi yönde bir görüş söz konusu değildir. Ancak kanunda düzenlenmeyen diğer hususlar bakımından Danıştay kararları önem arz etmektedir. Örneğin 2012 yılında Danıştay'ın önüne gelen bir uyuşmazlıkta, İstanbul ilinde bulunan ve park alanı olarak kullanılan taşınmazın bir bölümünde 1/5000 ölçekli nazım imar planı

³⁵ Karar için bkz. Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, E. 2014/5679, K. 2015/4997, KT. 09.12.2015.

³⁶ Danıştay 6. Dairesi, E. 2003/1712, K. 2003/4221, KT. 09.07.2003.

değişikliği yapılmış, karara muhalif kalan bir Belediye Meclis üyelerinin ilgili imar planının iptali için yerel mahkemede dava açmıştır. Yerel mahkeme, “*meclis tutanaklarının incelenmesi sonrasında plan değişikliğine ilişkin toplantıda herhangi bir söz alınmamış olduğu ve karşı oy kullanan üyelerin somut bir gerekçe ortaya koymadığı tespitini yaparak dava konusu işlemle davacıların hukukten korunabilir ciddi ve makul bir menfaat ilişkisinin varlığı tespit edilemediğinden anılan meclis kararına karşı dava açma ehliyetlerinin bulunmadığı*” gerekçesiyle davayı ehliyet yönünden reddine karar vermiştir. Kararın temyizi üzerine dosyayı inceleyen Danıştay dairesi ise “*İmar planlarının ve değişikliklerinin yapılmasında yasa ile görevli belediye meclisi üyesi olan kişilerin, plana ilişkin işlemlerin mecliste görüşülmesi sırasında toplantıya katılarak kabul oyu kullanması halinde belediye meclisi kararına karşı dava açma ehliyeti bulunduğundan söz edilemeyeceğini; ancak meclis toplantılarına katılarak karşı oy kullanan veya toplantıya katılmayarak oy kullanmayan ve bu yolla olumlu iradesini açık veya zımni şekilde belirtmeyen, aynı zamanda belde halkının hak ve çıkarını korumakla görevli olan belediye meclisi üyelerinin ise dava açma ehliyetinin bulunduğu kabulünün gerektiği*” gerekçesiyle yerel mahkeme kararını bozmuştur³⁷. Danıştay bu kararıyla kolektif işlemler bakımından, sübjektif dava ehliyeti hususunda önemli bir içtihat ortaya koymuştur. Buna göre kolektif işlemler bakımından çoğunluk görüşüne katılmayan üyelerin sübjektif dava ehliyetinin bulunup bulunmadığı, toplantıda kabul oyu kullanıp kullanmamaları ile tespit edilmektedir. Dolayısıyla Danıştay’a göre, toplantıya katılarak kabul oyu kullanan kurul üyelerinin, sonrasında alınan kararlar ilgili iptal davası açabilmesi mümkün değildir. Ancak toplantıya katılmayan ve dolayısıyla açık veya zımni olarak herhangi bir olumlu görüş sunmayan üyeler ile çoğunluk görüşünün aksi yönde oy kullanan üyeler bakımından sübjektif dava ehliyetinin varlığı kabul edilmektedir. Yerel mahkemenin kararının aksine, kanunda karara katılmayan üyelerin, katılmama gerekçelerini somut verilerle ortaya koymalarına yönelik zorunlu bir şekil şartı öngörülmediğinden, hukuk devleti ilkesinin sınırlarını genişleten Danıştay’ın bu içtihadı kanımızca son derece isabetlidir³⁸.

İdari yargıda görülen iptal davalarında sübjektif ehliyet şartının tartışıldığı bir başka durum, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının (meslek odalarının) üyeleriyle ilgili konularda dava ehliyetlerinin bulunup bulunmadığı konusudur. Danıştay’ın, 1995 tarihinde verdiği bir karar, bu tartışma açısından emsal kararlar arasında olup, konunun açıklığa kavuşması için incelenmeye değerdir. 11.1.1995 gün ve 22168 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren "Kamu Kurum ve Kuruluşlarına Ait Sağlık İşletmelerinin Yönetimi ile Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmeliğin 12.,17.,18.,19. ve geçici 1 inci maddelerinin iptali istemiyle Danıştay 10. Dairesi’nde Türk Tabipleri Birliği Merkez Konseyi tarafından açılan davada davacı meslek kuruluşu, “*iptali istenilen yönetmeliğin 12., 18. ve 19. maddeleri ile sağlık işletmesinde oluşturulacak sağlık işletmesi yönetim kurulu ile tıbbi konseye 657 sayılı Yasaya ve 3359 sayılı Yasaya aykırı olarak son derece geniş yetki ve görevler verildiğini, iptali istenilen yönetmelik hükümlerinin, birliğin üyesi olan hekimlerin atama, aylık ve özlük haklarıyla ilgili kanunlara aykırı hükümler içermesi nedeniyle bu düzenlemelerin ortadan kaldırılmasını sağlamanın, meslektaşların hukuk ve menfaatlerinin bütün kurumlar nezdinde savunma görevinin kapsamında bulunduğunu*” öne sürerek ilgili maddelerin iptalini talep etmiş ise de 10. Daire, davacı Türk

³⁷ Danıştay 6 Dairesi, E. 2012/5142, K. 2013/436, KT. 04.02.2013.

³⁸ Farklı bir konuda benzer karar için bkz. Danıştay 13. Dairesi, E. 2019/33, K. 2019/2249, KT. 25.06.2019.

Tabipleri Birliği Merkez Konseyinin, dava konusu Bakanlar Kurulu Kararı ile getirilen düzenlemeden dolayı kişisel haklarının ihlal edilmediği, iptali istenilen işlemle davacı arasında ciddi ve makul bir menfaat ilgisi olmadığı gerekçesiyle, davanın ehliyet yönünden reddine karar vermiş, bu kararın temyiz edilmesi üzerine dosyaya bakan Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, (İDDK.) 6023 Sayılı Türk Tabipleri Birliği Kanunu'nun ilgili hükümlerine atıfta bulunarak *“Bakanlar Kurulu Kararıyla yürürlüğe konulan yönetmelik ile getirilen düzenlemeler ile yukarıda belirtilen yükümlülükleri yerine getirmekle sorumlu Türk Tabipleri Birliği arasında menfaat alakasının bulunduğu kabulü gerektiği”* gerekçesiyle 10. Daire kararını bozmuş, böylece kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının, üyelerinin hak ve menfaatlerini ilgilendiren konularda sübjektif dava ehliyetinin bulunduğuna hükmetmiştir³⁹. Bu kararda da İDDK, önemli bir emsal karar vermiştir. Zira 6023 Sayılı Kanun 1. maddesinde Birliğin; *“tabipler arasında mesleki deontolojiyi ve dayanışmayı korumak, tabipliğin kamu ve kişi yararına uygulanıp geliştirilmesini sağlamak ve mensuplarının hak ve yararlarını korumak amacıyla kurulmuş kamu kurumu niteliğinde mesleki bir kuruluş olduğu”* belirtilmiş, 4 üncü maddesinde, *“... azaların maddi ve manevi hak ve menfaatlerini koruyup bunları halkın ve devletin menfaati ile en iyi şekilde denkleştirmeye çalışmak”* birliğin görevleri arasında sayılmış, 28 inci maddesinin 6 ncı fıkrasında ise *“Birliğin, mesleğin haysiyetini ve meslektaşlarının hukuk ve menfaatlerini diğer makamlar nezdinde savunmakla görevli olduğu”* açıkça belirtilmiştir. Burada *“... diğer makamlar”* ifadesinin, yargı makamlarını da kapsadığı cümlenin lafzından anlaşılmaktadır. Tüm bunların yanında, Anayasanın, Kamu Kurumu Niteliğindeki Meslek Kuruluşları başlığını taşıyan ve tüm meslek birliklerinin faaliyet alanlarının sınırını belirleyen 135. maddesinde bu kuruluşlar *“... belli bir mesleğe mensup olanların müşterek ihtiyaçlarını karşılamak, mesleki faaliyetlerini kolaylaştırmak, mesleğin genel menfaatlere uygun olarak gelişmesini sağlamak ... maksadı ile kanunla kurulan ve organları kendi üyeleri tarafından kanunda gösterilen usullere göre yargı gözetimi altında, gizli oyla seçilen kamu tüzelkişilikleri”* olarak tanımlanmıştır. Gerek 6023 sayılı Kanun'un ilgili hükümleri gerekse Anayasanın 135. maddesinde geçen *“... mesleğin genel menfaatlere uygun olarak gelişmesini sağlamak”* ifadesi birlikte değerlendirildiğinde, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının, üyelerinin menfaatlerini ilgilendiren konularda iptal davası açabilme hususunda sübjektif ehliyetlerinin var olduğu kabul edilmelidir.

Kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının iptal davalarında sübjektif dava ehliyetlerinden bahsetmişken, yine bu kuruluşlar arasında yer alan barolara ayrı bir parantez açmak gerekmektedir. Makalede baroların sübjektif dava ehliyetinin ayrı bir başlıkta incelenmesinin sebebi, bu meslek grubunun Türkiye Barolar Birliği Kanunu'nda bulunan özel hüküm gereğince, sübjektif dava ehliyetlerinin daha geniş yorumlanmasıdır. Baroların sübjektif dava ehliyetine yönelik en ilginç kararlardan biri, yakın tarihte Danıştay İDDK. tarafından verilen karardır⁴⁰. Dava, bir il barosunun Sivil Havacılık Genel Müdürlüğünün Twitter üzerinden yayınladığı, *“uçak altı bagajların güvenlik sebebi ile güvenlik birimlerince açılıp incelenebileceği, bu nedenle bagajların kilitlenmemesi, kilitli bagajların güvenlik birimlerince kilitlerinin kırılarak açılacağı ve içine not konulacağı”* hakkındaki duyurusunun iptali istemiyle Danıştay 10. Dairesi tarafından incelenmiş ve *“Dava konusu uyuşmazlıkta davacının kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşu*

³⁹ Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, E. 1995/913, K. 1996/143, KT. 08.03.1996.

⁴⁰ Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, E. 2020/1033, K. 2020/3395, KT. 23.12.2020.

olduğu; kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının genel nitelikteki düzenleyici işlemlere karşı, kural olarak, kuruluş yasalarında gösterilen amaçları doğrultusunda dava açma ehliyeti bulunduğu; nitekim, konuyla ilgili yasal düzenlemelerde de, bu kuruluşların amaçları dışında faaliyette bulunamayacaklarının açık bir biçimde yer aldığı, Dava konusu işlemin avukatlık mesleği ile ilgili herhangi bir düzenleme getirmediği; 1136 sayılı Kanun'un 76 ve 95. maddelerinde barolara verilen "hukukun üstünlüğünü ve insan haklarını savunmak, korumak ve bu kavramlara işlerlik kazandırmak" görevinin ise barolara avukatlık mesleği ile ilgili meşru, güncel ve kişisel olmayan konularda tek başına dava açma imkanı vermediği dikkate alındığında, davanın ehliyet yönünden reddine" karar verilmiştir. Kararın ilgili baro tarafından temyiz edilmesi üzerine Danıştay İDDK. "1136 sayılı Kanun'un 76. ve 95/21. maddelerinde yapılan yasal değişiklikten sonra baroların; mesleki bir örgüt olmanın ötesinde hukukun üstünlüğünü, insan haklarını savunmak ve korumak gibi bir işlev yüklenmesi nedeniyle diğer meslek örgütlerinden farklı bir konuma sahip olduğu, ... Davacı tarafından, dava konusu düzenlemelerin, başta Anayasa olmak üzere ulusal ve uluslararası kişi hak ve hürriyetlerini esas alan temel düzenlemelere aykırı olduğu, söz konusu duyurunun Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesinde ve Anayasa'nın 20. maddesinde düzenlenen özel yaşamın gizliliğini ihlal ettiği, ancak yasa ile temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılabilmesi, yapılan sınırlamanın orantılı ve ölçülü olduğundan da söz edilemeyeceği saviyla açılan davanın, bu özelliği itibarıyla genel kamu yararı ile ilgili bulunduğu" değerlendirmesinde bulunarak ilgili baro başkanlığının sübjektif dava ehliyetinin bulunduğuna karar vermiştir. Kararda da açıkça belirtildiği üzere baroların, meslek kanunundaki özel hüküm nedeniyle diğer kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarından farklı olarak "hukukun üstünlüğünü ve insan haklarını savunmak, korumak ve bu kavramlara işlerlik kazandırmak" misyonu nedeniyle, sadece üyelerinin veya meslek birliğinin hak ve menfaatleri ile ilgili değil, hukukun üstünlüğü ve insan hakları ile alakalı tüm konularda sübjektif dava ehliyetinin bulunduğu kabulü gerekmektedir. Danıştay İDDK. tarafından verilen bu karar, sübjektif ehliyetle kişisellik unsurunun ne denli geniş yorumlandığını göstermesi bakımından önemli ve isabetlidir.

Sübjektif ehliyet bakımından tartışılan hususlardan bir diğeri, konut ya da işyeri şeklinde kullanılan alanlarda yıkım veya tahliye kararı verilmesi durumunda, buralarda kiracı konumunda bulunan kişiler ile ilgilidir. Bu konuda da Danıştay'ın genel eğiliminin, sübjektif ehliyet bakımından kişisellik hususunun geniş yorumlanması ve kiracının da iptal davası açma hakkının bulunduğu yönündedir. Danıştay'ın 2009 yılında karara bağladığı dosya, bu konuda verilen önemli emsal kararlardan biridir. Dava, Samsun İli sınırlarında bulunan Büyük Samsun Oteli'nin kapalı teklif usulüyle 26.03.2009 tarihinde yapılacak olan ihale ile satılmasına yönelik Samsun İl Özel İdaresi İl Encümeni kararının iptali istemiyle açılmış olup, uyuşmazlıkta davacı, davaya konu taşınmazda kiracı konumundadır. Yerel mahkeme, "taşınmazın maliki olan davalı idare tarafından mülkiyet hakkına dayanmak suretiyle anılan taşınmazı satmaya yönelik tesis edilen dava konusu işlemin iptalini isteme konusunda davacı şirketin sübjektif dava ehliyetinin bulunmadığı" gerekçesiyle davanın ehliyet yönünden reddine karar vermiş, karar temyiz incelemesinde Danıştay'ın önüne gelmiştir⁴¹. Danıştay 13. Dairesi, "davacının taşınmaz ile kira sözleşmesinden kaynaklanan özel bir ilişkisinin

⁴¹ Danıştay 13. Dairesi, E. 2008/6930, K. 2010/5533, KT. 30.06.2010.

bulunduğu, taşınmazın onarılması amacıyla masraf yaptığı, idare ile davacı arasında sulh protokolünün imzalandığı, Samsun Büyükşehir Belediyesi'nin 12.03.2009 tarihli yazısında da taşınmazın kıyı kenar çizgisi içerisinde kalan dolgu alanı niteliğinde olduğunun belirtildiği hususları ve davacının diğer iddiaları dikkate alındığında dava konusu işleme menfaat ilgisinin bulunduğu kabulü gerektiği” şeklindeki değerlendirmesiyle, kira sözleşmesine dayanan hukuki ilişkide kiracının tahliye işlemine karşı sübjektif dava ehliyetinin bulunduğunu ifade etmiştir. Her ne kadar yıkım ve tahliye gibi işlemlerde menfaat ihlalinin doğrudan tarafı taşınmazın veya onun bağımsız bölümünün maliki ise de bu yerleri kira sözleşmesi kapsamında kullanan kişilerin de bahse konu işlemler nedeniyle menfaatlerinin ihlal edileceğinin kabulü gerekir. Bu gerekçelerle bahsi geçen Danıştay kararının isabetli olduğu düşünülmektedir.

Danıştay tarafından sübjektif dava ehliyetine ilişkin verilen bu kararlar, menfaat ihlalinin en geniş şekliyle yorumlandığı kararlar olup; pek tabii bu kararlar; bir devletin vatandaşı olmanın, tek başına idari yargıda iptal davası açmak için yeterli olduğu anlamına gelmemektedir. Aksi bir durum, iptal davaları için objektif ehliyet koşullarına ek ehliyet koşulları getirilmesinin mantığına aykırı olacaktır. Zira sübjektif dava ehliyeti; her idari işleme karşı herkes tarafından iptal davası açılmasını engellemek için getirilen bir dava şartıdır⁴².

Özetle,

- Vatandaşların, sadece vatandaş olma sıfatıyla ülkeye mal olmuş kişilerle alakalı işlemlerde,

- Milletvekillerinin, bu sıfatları nedeniyle vatandaşların menfaatlerini ihlal eden işlemlerde,

- STK'ların (dernek, vakıf, sendika) tüzel kişiliklerine veya üyelerine yönelik işlemlerde,

- Semt ya da belde sakinlerinin, oturdukları semt ya da beldeyi etkileyen işlemlerde,

- Alınan kararlara muhalif kanatta olan kişilerin, kolektif işlemlerde,

- Kamu kurumu niteliğindeki diğer meslek kuruluşlarının, kural olarak kuruluş yasalarında gösterilen amaçları doğrultusunda genel nitelikteki düzenleyici işlemlerde,

- Baroların, üyelerini veya genel insan haklarını ilgilendiren işlemlerde,

- Kiracının, oturduğu konut veya işyeri hakkında yıkım veya tahliye gibi işlemlerde,

sübjektif dava ehliyetinin bulunduğu, Danıştay kararları ile ortaya konmaktadır. Bunlar genel emsaller olarak değerlendirilmekle birlikte, Danıştay'ın benzer durumlarda somut olayda davacının sübjektif dava ehliyetinin dar yorumlanması neticesinde dava ehliyetinin olmadığından bahisle davanın ilk incelemeden reddedilmesi gerektiğine yönelik kararları da mevcuttur. Bu yöndeki emsal kararlar da bir sonraki başlıkta ele alınacaktır.

2. Sübjektif Dava Ehliyetinde Menfaat İhlalinde Kişisellik Faktörünün Dar Yorumlandığı Haller

Danıştay'ın iptal davalarında aradığı sübjektif ehliyet koşulu bakımından, kişisellik ilkesinin geniş yorumlanmasının, bu davaların hukuk devletinin sağlanması yönündeki mahiyeti

⁴² Atay, Ender Ethem. *İdari Yargılama Hukuku*, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020, s. 183.

gereğince işlem nedeniyle menfaati doğrudan veya dolaylı olarak –bir şekilde- ihlal edilen herkesin dava açabilmesi eğiliminin bir sonucu olarak yorumlanmalıdır. Genel eğilim bu yönde olmakla birlikte, Danıştay’ın kimi zaman bu eğilimin kötüye kullanılmasının ve iptal davaları bakımından getirilen sübjektif ehliyet şartını anlamsızlaştırmasının önüne geçmek için genel eğilimin aksi yönde verdiği kararlar da mevcuttur. Dolayısıyla sübjektif dava ehliyetinde menfaat ihlali bakımından, kişisellik faktörünün dar yorumlandığı, başka bir ifadeyle “menfaatin kişiselliği” bakımından sınırların belirlendiği kararların da incelenmesi elzemdir.

Kişisel menfaat noktasında ehliyetin dar yorumlanmasına örnek kararlardan biri, Danıştay’ın 2004 yılında vermiş olduğu bir karardır. Kiracı olarak oturduğu taşınmazın restorasyonu için koruma kurulu tarafından verilen karara karşı iptal davası açan kişinin dava açma ehliyeti konusunda Danıştay, “... *davacının, eski eseri korumaktan çok aleyhine açılmış olan tahliye davası sonucu tahliyesini önlemek ve 1981 yılından beri süregeldiği belirtilen kiracılık ilişkisini devam ettirmek amacıyla, mülkiyet bağı da bulunmayan taşınmaza yönelik olarak bu davayı açtığı kanaatine ulaşıldığından, söz konusu taşınmazın kiracısı olan davacının, asıl malik tarafından hazırlatılan ve koruma kurulunca da düzeltilerek uygun bulunan restorasyon projesinin iptalini isteme konusunda, meşru bir menfaatinin bulunmadığı gerekçesiyle davanın ehliyet yönünden reddine karar verilmesi gerekir...*”⁴³ demek suretiyle; kural olarak menfaat şartını sağladığı kabul edilen “kiracılık” ilişkisinin her zaman için dava açma ehliyetine sebebiyet vermeyeceğine karar vermiştir⁴⁴. Ancak Danıştay’ın bu kararda kullandığı “... *davacının, eski eseri korumaktan çok aleyhine açılmış olan tahliye davası sonucu tahliyesini önlemek ve 1981 yılından beri süregeldiği belirtilen kiracılık ilişkisini devam ettirmek amacı*” ile hareket ettiği yorumu, deyim yerindeyse niyet okumak olup, kiracının bu sıfatı nedeniyle oturduğu binanın tahliyesini engellemek istemesi ve kiracılık ilişkisini devam ettirme amacını gütmesi hayatın olağan akışı içinde kiracı açısından makul bir istektir. Ayrıca yapılacak tahliye işlemi, kiracı üzerinde de doğrudan etki doğuran ve menfaatini etkileyen bir durum olduğundan, bu amaçla hareket etse dahi kiracının sübjektif ehliyetinin bulunmadığına kanaat getirmek hukuki açıdan sorunlu bir yaklaşımdır.

Danıştay’ın kiracılık ilişkisine dayanan durumlarda kiracının sübjektif dava ehliyetini dar yorumladığı bir başka karar da 2016 yılında 14. Daire tarafından karara bağlanmıştır⁴⁵. Davaya konu olayda, İstanbul ili Fatih ilçesinde bulunan bir taşınmaz üzerinde bulunan bağımsız bölümlerin kiracısı olan kişi tarafından, söz konusu yapının yıkılacak derecede tehlikeli yapı niteliğinde bulunduğu bahisle tahliye işleminin yapılacağı yolunda tesis olunan işlemin iptali istemiyle dava açılmış, davayı gören İstanbul 7. İdare Mahkemesi, davanın esasına girerek iptal kararı vermiş, bu karar davalı idare tarafından temyiz edilmiştir. Dosyayı temyiz mercii olarak inceleyen Danıştay 14. Dairesi, “*işyerinin bulunduğu yerin tahliyesinin önlenmesi ve süregelen kiracılık ilişkisini devam ettirmek amacıyla tahliyeye ilişkin işlemin iptali istemiyle bu davayı açan*

⁴³ Danıştay 6. Dairesi, E. 2003/1464, K. 2004/6125, KT. 30.11.2004.

⁴⁴ Danıştay’ın kira sözleşmesine dayalı olarak ortaya çıkan ilişkinin, yıkım işlemleri özelinde, başlangıçta iptal davalarında sübjektif ehliyet şartını sağlamadığı şeklinde yorumlandığı, 1980’li yılların başından itibaren ise kiracılık ilişkisinin menfaat ihlali bakımından geniş yorumlanmaya başladığı belirtilmiştir. Kira ilişkisinin sübjektif ehliyet bakımından yorumunun Danıştay kararlarına yansımaları ile ilgili bkz. Kaya Cemil. “*Kiracıların Sübjektif Dava Ehliyeti Konusunda Danıştay Kararlarının Değerlendirilmesi*”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 2011, C. 69, S. 1-2, s. 339, 340.

⁴⁵ Danıştay 14. Dairesi, E. 2014/3153, K. 2016/3966, KT. 16.05.2016.

ve taşınmazla mülkiyet bağı bulunmayan davacının, asıl malik tarafından iptali istenilmeyen işlemin iptalini isteme konusunda kiracı sıfatıyla meşru bir menfaatinin bulunmadığı” gerekçesiyle, davanın ehliyet yönünden reddi gerekirken işin esasına girerek davayı reddeden yerel mahkeme kararını bozmuştur. Başka bir ifadeyle Danıştay, bu davada kiracılık ilişkisinin iptal davası açısından sübjektif ehliyeti taşımadığına hükmetmiştir. Danıştay dairesinin bu kararının, hukuken sorunlu olduğu düşünülmektedir. Zira oy çokluğu ile alınan bu kararın karşı oy gerekçesinde de belirtildiği üzere, dava konusu işlemin icra edilmesi durumunda, bu yapıda kiracı olarak faaliyette bulunan davacı şirketin olumsuz etkileneceği açıktır. Bir başka ifadeyle yapının yıkılması durumunda mülk sahibi kadar kiracının da bu işlem nedeniyle menfaatinin ihlal edileceği gerçeği karşısında, kiracının sübjektif ehliyetinin bulunmadığı yorumu, kanaatimizce hatalı bir yorum olmuştur. Gerek bu kararda gerekse bir üst paragrafta verilen örnek kararda Danıştay’ın farklı dairelerinin, sübjektif dava ehliyetinin varlığının ancak mülkiyet hakkına dayanan durumlarda, başka bir deyişle doğrudan malik tarafından açılan davalarda söz konusu olabileceğini kabul ettikleri görülmektedir. Ancak çalışmanın daha önceki kısımlarında da örnek kararlarla ortaya konulduğu üzere iptal davalarının amaçlarından birinin idarenin hukuka uygun hareket etmesini ve dolayısıyla hukuk devleti ilkesinin tesisini sağlamak olduğu dikkate alındığında, sübjektif dava ehliyetini mülkiyet ilişkisi ile sınırlı tutarak sadece malike tanımak genel uygulamaya da iptal davalarında ehliyet bakımından kabul gören genel ilkelere de ters düşmektedir.

Yine Danıştay’ın, kural olarak kabul ettiği baroların insan haklarını ilgilendiren genel konularda sübjektif dava ehliyetine sahip olduğu görüşünün aksine verdiği kararlar da mevcuttur. Zira Danıştay, İlaç ve Eczacılık Genel Müdürlüğü’nün, Kemoterapotik İlaçların Endikasyon Dışı Kullanımına İlişkin 2007/29 sayılı Genelgesi ile bu Genelgede değişiklik yapan 2007/36 sayılı Genelgenin iptali için açılan davada bir baronun açtığı davada ehliyetle ilgili olarak; “*Avukatlık Kanunu’nun 76. maddesinde sayılan baroların görevleri göz önünde bulundurulduğunda; dava konusu Yönetmelik, doğrudan davacı Baronun tüzel kişiliğinin hak ve menfaatlerini etkilemediği gibi, anılan yasa maddesinin de davacıya hukuken böyle bir hak tanımayacağı açık olduğundan; dava konusu düzenleme ile ...’nın menfaat ilişkisinin bulunmadığı sonucuna ulaşılmıştır.*” değerlendirmesinde bulunarak, kanunun verdiği bu yetkinin, ehliyet yönünden bu denli geniş yorumlanmaması gerektiğini belirtilmiştir⁴⁶. Her ne kadar Danıştay’ın genel eğilimi, Kamu Kurumu Niteliğindeki Meslek Kuruluşları’nın sübjektif ehliyetinin, ilgili kamu tüzel kişiliğinin bizzat kurumsal kimliğinin veya üyelerinin hak ve menfaatleri ile ilişkili durumlarda tanınması ise de Barolar bakımından sübjektif ehliyet şartının daha da geniş yorumlanması gerekliliği karşısında bu yaklaşımın mahkemeye erişim hakkına ve dolayısıyla hukuk devleti ilkesine hanel getireceği düşünülmektedir.

Danıştay’ın kural olarak sübjektif dava ehliyetine sahip olduğu yönünde kararlar verdiği kişilerden biri olan dernek tüzel kişiliğine tanınan bu hak, yine diğerlerinde olduğu gibi somut olayın koşullarına göre gözden geçirilmeye muhtaçtır. Nitekim Danıştay’ın aksi yönde vermiş olduğu kararlar da mevcuttur. Örneğin Danıştay 8. Dairesi, 2013 yılında verdiği bir kararda genel içtihadının aksi yönde bir karar verirken, esasen bu kararında, derneklerin iptal davasındaki sübjektif ehliyetinin ne olduğunu da ifade etmiştir. Söz konusu dava Türkiye Solunum

⁴⁶ Danıştay 15. Dairesi, E. 2015/4947, K. 2015/5478, KT. 29.09.2015.

Araştırmaları Derneği ve Türk Toraks Derneği tarafından birlikte açılmıştır. Davacılar, Tıpta Uzmanlık Kurulunun, tıpta uzmanlık dallarının rotasyonlarını ve bu rotasyonların sürelerini belirleyen kararın "Göğüs Hastalıkları" uzmanlık dalına ilişkin kısmının ve bu düzenlemenin dayanağı olan 18.07.2009 tarih ve 27292 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan, Tıpta ve Dış Hekimliğinde Uzmanlık Eğitimi Yönetmeliğinin Ek-1 sayılı çizelgesinin 18. satırında yer alan Göğüs Hastalıkları uzmanlık ana dalının eğitim süresini 4 yıl olarak belirleyen düzenlemenin; Göğüs Hastalıkları uzmanlık ana dalı için belirlenen eğitim süresi ve rotasyonların bilimsel gereklilikler ve eğitim ilkeleri ile bağdaşmadığını ileri sürmüş ve bu düzenlemeye dava açmışlardır. Ancak Danıştay, ilgili derneğin tüzüğünde inceleme yapmış ve dava açma ehliyetlerinin olup olmadığını, bu tüzük hükümleri üzerinden karara bağlamıştır. Yapılan incelemede, tüzük maddelerinde üyelerinin haklarını korumak için dava açabileceklerine yönelik açık bir ifade bulunmamasından yola çıkarak; "... derneklerin yargı mercileri önünde dava açabilmeleri, tüzüklerinde 'üyelerinin haklarını korumak için dava açabileceklerine' ya da 'üyelerinin hak ve menfaatlerini koruma' ifadelerinden birinin yer almasına bağlıdır." gerekçesiyle her iki derneğin de sübjektif dava ehliyetlerinin bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar vermiştir⁴⁷.

Danıştay dernek tüzel kişiliklerinin, üyeleri adına dava açabilmelerinin mümkün olup olmadığına ilişkin tartışmalara değinen bir başka kararı da İmar Bankası mağdurlarının bir araya gelerek kurdukları derneğin açtığı davaya ilişkindir. Davaya konu işlem, bir düzenleyici işlem olan ve 3.1.2004 günlü, 25335 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Bankalar Kanununun 14. maddesinin 3. fıkrası uyarınca yürürlüğe giren "Bankacılık İşlemleri Yapma ve Mevduat Kabul Etme İzni Kaldırılan T.İmar Bankası T.A.Ş. Nezdinde Bulunan Tasarruf, Ticari Kuruluşlar ve Diğer Kuruluşlar Mevduatının Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonunca Ödenmesine İlişkin Esas ve Usuller Hakkında Karar"ın iptali istemiyle ilk derece mahkemesi sıfatıyla Danıştay'da açılmıştır. Davaya bakan Danıştay 10. dairesi, Dernek tarafından açılan davayı "Derneğin Tüzüğü'nün 4. maddesinin (i) fıkrasında; 'İmar Bankası mağdurlarını biraraya toplamak, birlik ve beraberliği sağlamak, İmar Bankası mağdurlarının hak ve hukuklarını korumak, açılan ve açılacak olan mahkemelere öncülük etmek, davaları takip etmek, gerektiğinde avukat tutmak, mağdurların paralarının alınabilmesi için her türlü kurum ve kuruluşlarla görüşmeler yapmak, Bakanlık veya yetkilileri ile, derneği temsilen yönetim olarak görüşmek ve sorunların çözümü için gerekli projeler hazırlayarak uygulamak' hususlarının derneğin faaliyet konuları olarak sayıldığı" ve "...davacı Derneğin Tüzüğü'nde, derneğe banka mağdurları adına dava açma hakkının değil, açılmış ve açılacak olan davaların takibine yardım etmek görevinin verildiği" gerekçesiyle, davacı derneğin sübjektif ehliyet koşulunu taşımadığına karar vermiş, kararın dernek tarafından temyiz edilmesi üzerine Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu (İDDK), Danıştay 10. Dairesi kararını hukuka uygun bularak temyiz istemini reddetmiştir⁴⁸.

Danıştay, gerek bir üstteki kararında gerekse bu kararında, esas itibariyle sübjektif ehliyet koşulu bakımından yeterli kabul ettiği derneklerin üyeleri hakkında dava açabilme hakkını dar yorumlayarak, derneğin sübjektif ehliyet koşulunu sağladığının kabulünün, ancak dernek tüzüğünde dernek üyeleri adına dava açma hakkının açıkça belirtilmiş olması halinde mümkün

⁴⁷ Danıştay 8. Dairesi, E. 2010/7144, K. 2013/6893, KT. 03.10.2013.

⁴⁸ Danıştay İDDK, E. 2005/2008, K. 2005/2297, KT. 06.10.2005.

olabileceğine karar vermiştir. Bu iki karar, derneklerin hususi amaçlarının üyelerinin menfaatlerini korumak olması karşısında dava açma ehliyetini keyfi bir şekilde daraltan bir yaklaşım olması nedeniyle kanımızca eleştiriye muhtaçtır.

SONUÇ

İdari davaları açabilmek için, medeni hukuktaki taraf ve dava ehliyetlerine sahip olmanın yanında buna ek olarak açılan davanın niteliğine göre; iptal davalarında “işlem nedeniyle kişisel, meşru ve güncel bir menfaati ihlal edilmiş olmak” şartı aranmaktadır.

İptal davalarında menfaat ihlali şartının, “kişisellik ögesi bakımından” somut olayın özelliklerine göre kimi zaman geniş anlamda yorumlanarak işlemde bir şekilde etkilendiği hususunda mahkemeyi ikna edebilen kişinin açtığı iptal davası, ehliyet bakımından sorun oluşturmazken, benzer durumlarda somut olaydaki faktörlerin değişmesi nedeniyle kişiselliğin dar yorumlandığı görülebilmektedir. Zira çalışmada ayrıntılarıyla incelenen Nazım Hikmet RAN’ın vatandaşlıktan çıkartılması işlemi için açılan davada ve Süleymaniye Camii’nde defin işlemine onay veren Bakanlar Kurulu kararının iptali için açılan davalarda olduğu gibi sadece vatandaş olmak bile menfaat ihlali bakımından yeterli sayılırken, kimi zaman da derneğin tüzüğünde üyeleri adına dava açma veya hukuki yardımda bulunma yazmadığı gerekçesiyle sübjektif dava ehliyetinin bulunmadığı yönünde ehliyet şartını son derece daraltıcı ve mahkemeye erişim hakkının ihlal edilmesine neden olacak kararlar verilebilmektedir.

İptal davalarının nihai amacının, idareyi hukuka uygun davranmaya zorlamak ve bu yolla hukuk devletini tesis etmek olduğu bilindiğine göre, “kişisellik” ögesinin geniş yorumlanması, bu ilkenin tesisi bakımından daha önemli görülmektedir. Diğer yandan, idari işlemde doğrudan etkilenen ve idarenin haksız işlemine doğrudan maruz kalıp, yaşadığı travmanın etkisiyle dava açmaktan çekinen kişilerin dışındaki gerçek ve tüzel kişilerin de idareyi hukuka uygun davranmaya zorlayabilmesi bakımından son derece değerlidir.

Kanun lafzı göz önünde bulundurulduğunda, İYUK m.2’de iptal davası için ehliyet şartı olarak sadece “menfaatin ihlal edilmiş olması” şartı getirilmiştir. Bu menfaat ihlalinin dava açabilmek için “kişisel”, “güncel” ve “meşru” olması gerektiği ise Danıştay içtihatları ile şekillenmiştir. Dolayısıyla kanun lafzından hareket edildiğinde, yapılan idari işlem nedeniyle menfaati doğrudan veya dolaylı olarak ihlal edilen herkes, sadece menfaatinin ihlal edildiği hususunda idari yargı organını ikna edebildiği müddetçe iptal davası açabilmek için ehliyet şartını sağlamış bulunmaktadır. Danıştay’ın “menfaat ihlali” şartını geniş yorumlamasının esas nedeninin bu olduğu düşünülmektedir. Zira aynı maddede tam yargı davası açabilmek için “kişisel hakların doğrudan muhtel olması” şartının aranması, iptal davalarında menfaat bakımından “doğrudanlık” veya “kişisellik” hususunun tam yargı davalarındaki kadar katı uygulanmaması gerektiğini göstermektedir.

Bununla birlikte, idari yargılama usulünde dava açabilmek için medeni usul hukukunda olmayan ek ehliyet şartlarının konulması, mahkemeler önünde “davacı” sıfatıyla temsil edilmek için belli ek şartların arandığını göstermektedir. Danıştay’ın iptal davaları için geliştirdiği “kişisellik” kriterinin de bu amaçla getirildiği ve isteyen herkesin herhangi bir konuda keyfi şekilde idari yargı organları önüne gelmesinin önüne geçmeyi amaçladığı düşünülmektedir.

Dolayısıyla idari yargı organlarının, önlerine gelen iptal davalarında ilk inceleme hususlarından “sübjektif ehliyet” şartını, hukuk devleti ilkesinin bir gereği olarak mümkün olduğunca geniş yorumlaması elzem iken, mahkemeye erişim hakkının kötüye kullanılması ve yargı organlarının iş yükünün gereksiz yere artmasının önüne geçmek amacıyla, “kişisel menfaat” şartının sınırını da “*bu ilkeye zarar vermeyecek şekilde*” belirlemesi, bu şekilde bir denge oluşturması gerekmektedir.

Diğer yandan, Danıştay’ın farklı dairelerinin veya İDDK.’nin değişik zamanlarda benzer konularda sübjektif dava ehliyetinin bulunup bulunmadığı hususunda farklı kararları bulunduğundan, bu durum sübjektif dava ehliyetinin hangi durumlarda kabul edileceği konusunda kafa karışıklığına sebebiyet vermektedir. Örneğin, kiracılık ilişkisinin sübjektif dava ehliyeti sağladığına dair Danıştay kararları mevcut olduğu gibi, neredeyse aynı konuya ilişkin bazı kararlarda sübjektif dava ehliyetinin sadece malike tanındığı ve kiracılar için dava açma ehliyetinin kabul edilemeyeceği yönünde kararlar da mevcuttur. Bunun gibi hususlarda sübjektif ehliyet kriterinin net çizgilerle belirlenmesi ve çelişkilerin ortadan kaldırılması için, Danıştay Kanunu’nun 39. maddesinin işletilmesi ve İçtihatları Birleştirme Kurulu’nun toplanarak sübjektif ehliyet hususunda çeşitli durumlar için karar vermesi önerilmektedir.

KAYNAKÇA

- Altundiş, Mehmet. “İdari Yargıda Dava Açma Ehliyeti”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2007, S. 69.
- Atalı, Murat / Ermenek, İbrahim. *Medeni Usul Hukuku*, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020.
- Atay, Ender Ethem. *İdari Yargılama Hukuku*, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020.
- Atıcı, Cansu. *Medeni Usul Hukukunda Dava Ehliyeti*, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.
- Bağrıaçık, Ahmet. “Danıştay Kararları Işığında İdari Yargıda Menfaat İhlali”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2016, C. 7, S. 2
- Burtan, Çağlar Burak. *İdari Yargıda Ehliyet ve Husumet*, 1. Baskı, Der Yayınları, İstanbul, 2019.
- Coşkun, Şenol. “İdari Yargıda Ehliyet”, *İstanbul Kültür Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi)*, İstanbul, 2009.
- Coşkun, Şenol. “İptal Davalarında Menfaat İhlali Koşulu (Danıştay ve AYİM Kararları Işığında)”, *Terazi Hukuk Dergisi*, C. 5, S. 46.
- Çağlayan, Ramazan. *İdari Yargılama Hukuku*, 12. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2020
- Duran, Lütfü. “İdari Yargı Adlileşti”, *İdare Hukuku İlimleri Dergisi*, 1982, C. 3, S. 1-3
- Epözdemir, Rezzan. *Taraf Ehliyeti*, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017.
- Erdem, Jülide Gül. “İptal Davasında Menfaat İhlali Koşulu”, *Memleket, Siyaset, Yönetim Dergisi*, 2017, C. 12, S. 27.
- Erdinç, Burcu. “İptal Davasında Menfaat İhlali Koşulu ve Menfaat Kavramının Yorumlanması”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2021, C.29, S.2,
- Gökalp Alica, Süheyla Suzan. “Çevrenin Korunmasına İlişkin İptal Davalarında Kişisel Menfaat Kavramı”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2018, S. 139.
- Kalabalık Halil. *İdari Yargılama Usulü Hukuku*, 15. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.

Kaplan, Gürsel. “Danıştay Kararları ve İlgili Özel Düzenlemeler Çerçevesinde İdari Yargıda Ehliyet ve Husumet”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 2011, C. 69, S. 1-2.

Karahanogulları Onur. “Birel İşlemlere Karşı Açılan İptal Davalarında İlgi Bağı Sorunu”, *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, 2007, C. 62, S. 3.

Kaya Cemil. “Kiracıların Sübjektif Dava Ehliyeti Konusunda Danıştay Kararlarının Değerlendirilmesi”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 2011, C. 69, S. 1-2.

Kaya, Cemil. “İptal Davalarında (Kişisel) Menfaat İhlalinin Genişlemesi: İktisadi Rekabet”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 2008, C. 66, S. 2.

Özder, A. Deniz. *659 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname Kapsamında İdari Uyuşmazlıkların Sulh Yoluyla Çözümü*, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020.

Sarıca, Ragıp. *İdari Kaza C.1*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Kenan Matbaası, İstanbul, 1949.

Türk Hukuk Lügatı, 3. Baskı, Başbakanlık Basımevi, Ankara, 1991.

Ulusoy, Ali D. *Yeni Türk İdare Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021.

Umar, Bilge. “Medeni Usul Hukukunda Davanın Dinlenme Şartı Olarak Ehliyet”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 29, S. 3.

Yücesoy, Ayşe Aslı. *İdari Yargılama Hukukunda İptal Davalarında Menfaat*, 1. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2016.

Tanzimat Sonrası Gayrimüslim Osmanlı Tebaasının Hukuki Durumu

Abdulazim İBRAHİM 

Dr. Öğr. Üyesi, Karabük Üniversitesi, Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi Bölümü, azim_2006@hotmail.com,
(Sorumlu Yazar / Corresponding Author)

| Makale Bilgileri | Öz |
|--|---|
| Makale Geçmişi Geliş: 06.11.2021 Kabul: 09.02.2022 Yayın: 21.02.2022 | <p>Çok uluslu ve farklı dinlere mensup vatandaşlarını bir arada bulunduran yapısı olan Osmanlı Devleti hükümranlığı boyunca Müslüman vatandaşlarına tanıdığı gibi gayrimüslimlere de hemen hemen aynı hakları tanımıştır. Çalışmamızda Tanzimat sonrası gayrimüslimlere tanımlanan bazı haklar üzerinde durulmuştur. Nitekim Osmanlı Devleti kanun önündeki eşitlik, vergi alanındaki düzenlemeler, gayrimüslimlerin askerlik durumu, din hürriyeti, devlet hizmetinde ve ticaret hayatında yapılan bazı düzenlemeler ve son olarak eğitim kurumlarının açılması alanlarında vatandaşları arasında etnisite ve dinden kaynaklanan ayrımcılık oluşturulmamasına genellikle önem vermiştir. Hatta İstanbul'un fethi sonrası ilk başta Rumlara bazı imtiyazlar tanımlayarak muhtemel mezhepsel çatışmaları önleyebilmiştir. Müteakiben Müslüman tebaanın dışında yer alan diğer din mensuplarının, yani Hristiyan ve Musevilerin oluşturduğu azınlıklara bu amaca matuf olmak üzere birtakım imtiyazlar tanımıştır. Böylece Osmanlı Devleti, nüfusunun önemli bir kısmını oluşturan Müslüman tebaaya tanıdığı eğitim hakkını, diğer azınlıklara da tanımlamış ve Tanzimat sonrası düzenlenen bazı fermanlar ve antlaşmalar yoluyla gitgide bu hakları daha da genişletmiştir. Dolayısıyla çalışmanın asıl amacı, Tanzimat sonrası gayrimüslim vatandaşların hukuki durumunu Islahat Fermanı'nda ve bu fermanın dolaylı 1876 yılında ortaya çıkan olayların gayrimüslim vatandaşlar üzerindeki bazı etkilerinin çözülmesi amacıyla ne ölçüde ulaşılabildiği irdelenmeye çalışılmıştır. Daha sonra 1876 Osmanlı Anayasası'nda gayrimüslimlerle Müslümanlara tanınan haklar kanun önünde eşitlik ilkesine uygun hâle getirilmiştir. Çalışmada son olarak 1876 sonrası ve özellikle Osmanlı topraklarında bulunan gayrimüslimlere bazı hakların tanınmasını amaçlayan Berlin Antlaşması ve sonrasındaki bütün antlaşma ve fermanlarda gayrimüslimlerin hukuki durumları incelenmiştir.</p> |
| Anahtar Kelimeler: Tanzimat Fermanı, gayrimüslim, 1856 Islahat Fermanı, 1839 Gülhane Hatt-ı Hümayunu, 1858 Arazi Kanunnamesi. | |

The Legal Status of Non-Muslim Ottoman Citizens After The Tanzimat

| Article Info | Abstract |
|---|---|
| Article History Received: 06.11.2021 Accepted: 09.02.2022 Published: 21.02.2022 | <p>Throughout its reign, the Ottoman State, which had a multinational structure that brought together citizens of different religions, granted almost the same rights to non-Muslim citizens as Muslim ones. In this paper, some of the rights conferred upon non-Muslims after the Tanzimat are emphasized. The Ottoman State paid attention to matters regarding the social life of non-Muslim citizens such as equality before the law, exemption from military service, freedom of religion, and ending discrimination both in educational institutions and some regulations regarding public service and commercial life. Immediately after the Conquest of Istanbul, by according some privileges to the Greeks at first, it managed to prevent probable sectarian conflicts. After a while, other Christian groups and Jews, were also allowed to benefit from these privileges. Subsequently, citizens of other religions than Islam, namely Christian and Jewish minorities were, for this purpose, granted some privileges. Therefore, the Ottoman State granted the same right to education to the minorities as its Muslim population. Their right to education has been further developed through some edicts and treaties organized after the Tanzimat. The main purpose of this study is to analyze the legal status of non-Muslim citizens after Tanzimat and the effects of some incidents that erupted in 1876 due to the decree of Islahat on non-Muslim citizens. Later, in the Ottoman Constitution of 1876 (al-Qanun al-Asasi) rights granted to non-Muslims and Muslims were made to accommodate the principle of equality before the law. Finally in the study, the legal status of non-Muslims in the period following 1876 by examining the Berlin Agreement and all subsequent treaties and edicts, which aim to grant certain rights to non-Muslims in Ottoman lands, in particular are dealt with.</p> |
| Keywords: Tanzimat Edict, non muslim, 1856 Reform Edict, 1839 Imperial Edict of Gülhane, Land Code in 1858. | |

Atf/Citation: İbrahim, A. (2022). "Tanzimat Sonrası Gayrimüslim Osmanlı Tebaasının Hukuki Durumu", *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 5(1), s. 63-91.

Plagiarism: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. // This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.



"This article is licensed under a [Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/). (CC BY-NC 4.0)"

GİRİŞ

Osmanlı Devleti çeşitli uluslardan oluşan bir mozaik görünümündeydi. 1789 tarihli Fransız Devrimi'nin ardından Avrupa'yı etkisi altına alan milliyetçilik akımı, Osmanlı Devleti'nin yaslandığı "millet" sistemiyle pek örtüşmüyordu. Milliyetçilik sınırları belirli bir toprak parçası üzerinde tek bir hukuki düzen gerektiriyordu. Böylece söz konusu akım Osmanlı Devleti'nde de doğal sonucu getirdi: "Millî devlet isteği". Osmanlı devlet adamları bu tehlikeyi gördüler. Milliyetçi akımların önüne geçmenin, bütün tebaaya eşit haklar sağlanmasıyla mümkün olabileceğini düşündüler. Bunun için ilk çaba harcayan ve böylece Tanzimat Döneminin temelini oluşturan; Mustafa Reşit Paşa'nın etkisiyle Abdülmecit'in¹ yayınladığı Tanzimat Fermanı, aynı isimle adlandırılan bir reformlar döneminin başlangıcını teşkil etmiştir.²

Osmanlı Devleti'nin eşitlik vaat ederek devlete bağlanması için çaba sarf ettiği, bağımsızlık isteğiyle dolu Hristiyan unsurlar, kendilerine tanınan bu yeni haklarla yetinmeyerek Avrupa devletlerinden kendileri için yardım talebinde bulundular. Zimmilerin bu talepleri büyük devletlerin Doğu'daki politikaları için de temel hareket noktasını teşkil etmiş oldu. Böylece Osmanlı Devleti'nin iç işlerine karışma bahanesi bulan bu devletler, Osmanlı ülkesine dair politik hedeflerini gerçekleştirmede zimmileri devlet üzerinde baskı kurmak için araç olarak kullandılar. Zira mevcut Osmanlı yönetiminin devamını destekleyen Slav ve Romen halkları da, Rum hâkimiyetindeki Patrikhane yönetimi de, kendi ulusal isteklerini gerçekleştirmek için ayaklanma girişiminde bulunmadılar. Devletin yerel isyanları bastırma teşebbüsleri dış güçlerce hep kıyım olarak nitelendirildi. Rusya'nın kapitülasyonlara ya da anlaşmalara dayanarak bu toplulukları koruma hakkına sahip olduğunu iddia etmesi, Osmanlı Devleti'ni Kırım Savaşı'na soktu. Devletin bu müdahalelerin tekrarını önlemek için ilan ettiği 1856 Islahat Fermanı ise bu fermanın içeriğinin uygulanmadığı yolundaki sonu gelmez iç ve dış şikâyetlere neden oldu. Böylece Osmanlı Devleti'nin zimmilere çeşitli haklar tanıyarak onları devlete bağlama teşebbüsleri devleti politik açıdan iyice çıkmaza sürükledi. Bu reformlardan ne Batılı devletler ne de Müslüman olan ve olmayan Osmanlı uyrukları memnun kaldılar.³

I. TANZİMAT DÖNEMİNDEN SONRA ZİMMİLERİN HUKUKİ STATÜLERİ

Osmanlı Devleti'nde 1839 yılında Gülhane Hatt-ı Hümayunu'nun okunmasından itibaren başlayan Tanzimat Dönemine kadar İslam hukukuna dayalı birliğin, bütünlüğün ve belli bir yeknesaklığın söz konusu olduğu bir hukuk sistemi uygulanmıştır. Osmanlı hukuk sisteminde Müslim ile gayrimüslimlere farklı statüler uygulanıyordu. Ancak uygulamadaki farklı statü hiçbir Osmanlı tebaasının hukuk karşısındaki temel hak ve hürriyetlerinden mahrum olduğu anlamına gelmiyordu.⁴ Bu sistemde kendi doğal seyrinin dışında köklü düzenleme ve değişikliklere gerek duyulmamıştı. Tanzimat dönemindeyse Osmanlı'nın devlet sisteminde yapılan reformlarla bazı değişiklikler söz konusu oldu. Bu dönemle birlikte Müslümanlar ile gayrimüslimler arasında

¹ Sultan Abdülmecit, 1823 yılında doğdu. Osmanlı Devleti'nin 31. Padişahı, 110. İslam halifesidir. En yenilikçi padişahlardan biri olan ve hükümdarlığı 22 yıl süren Sultan Abdülmecit, yönetim ve eğitim alanında birçok reform yapmıştır.

² Bozkurt Gülnihal. *Alman-İngiliz Belgelerinin ve Siyasi Gelişmelerin Işığında Gayrimüslim Osmanlı Vatandaşlarının Hukuki Durumu*, Türk Tarih Kurumu Basımevi, Ankara, 1996, s. 40.

³ Kenanoğlu, Mustafa Macit. *Osmanlı Millet Sistemi Mit ve Gerçek*, Klasik Yayıncılık, İstanbul, 2004, s.58.

⁴ Bozkurt, *Alman-İngiliz Belgelerinin ve Siyasi Gelişmelerin Işığında Gayrimüslim Osmanlı Vatandaşlarının Hukuki Durumu*.1996, s.59

bulunan farklı hukuki statüler ortadan kaldırılmıştır. Bu bağlamda Tanzimat Döneminden itibaren zimmilerin hukuki statüsünü izah edebilmek için 1856 yılında ilan edilen Islahat Fermanı'ndan önceki dönemi 1856 yılından itibaren başlayan Islahat Dönemini ayrı ayrı ele almak gerekir.⁵

A. 1856 Islahat Fermanı'na Kadar Zimmilerle İlgili Düzenlemeler

Tanzimat Döneminde Osmanlı Devleti'nde yapılan reformlar dizisi çeşitli dinlere dâhil milletlerin hukuki statü farklılıklarını ortadan kaldırma amacına yönelikti. Yani Zimmiler, Müslümanlarla eşit haklara sahip bir hukuki statüye kavuştular. Müslüman ve gayrimüslimler arasında eşitliğin sağlanması için hukuki düzenlemeler yapılmaya, ortak kanunlar çıkarılmaya, yeni kurumlar kurulmaya başlandı. Ancak tüm bu faaliyetler, ne Batılı devletleri hoşnut edip Osmanlı üzerindeki baskıyı azalttı, ne yeni haklar talep eden zimmilerin başkaldırılarını durdurabilirdi. Keza bu faaliyetler zimmilerin kendileriyle eşit addedilmesini sindiremeyen Müslümanları huzursuzlaştırdı⁶

Islahat Fermanı (18 Şubat 1856), insan haklarına hem siyasi kuruluşlara hem de yeni kurumlar kurulmasına dair planlanan köklü değişikliklerle yenilikler için Sultan Abdülmecid döneminde ilan edilmiştir. Islahat Fermanı, Osmanlı tebaası olan gayrimüslimlere sağlanan haklar yönüyle çok büyük bir öneme sahiptir. Islahat Fermanı'nın Tanzimat Fermanı ile arasındaki asıl fark, Islahat Fermanı'nın Osmanlı Devleti'nde yaşayan gayrimüslimlere hitap ediyor olmasıdır. Hem kaynağı hem de ortaya çıkışına dair gerekçesi Batılı devletler olan bu fermanın esasları Fransa'nın ısrarıyla Avusturya, İngiltere, Fransa tarafından belirlenmiştir.⁷

1. II. Mahmut Dönemi (1808-1839)

II. Mahmut, farklı dinlere mensup bireylerden oluşan milletlerin dinlerinden kaynaklı sebepleri bahane göstererek, milliyetçi duygularla ayaklanarak bağımsızlık talebinde bulunmalarının önüne geçmek ve bütün uyruklarının kendisi için eşit olduğunu vurgulamak amacıyla şu sözleri söylemişti: "Ben tebaanın Müslüman'ını camide, Hristiyan'ını kilisede, Musevi'sini de havrada fark ederim. Aralarında başka gûna, bir fark yoktur. Cümlesi hakkındaki muhabbet ve adaletim kavidir ve hepsi hakiki evladımdır." Ancak II. Mahmut'un bu sözleri, milliyetçilik akımının Osmanlı Devleti için yıkıcı sonuçlar doğurmasının önüne geçemedi.⁸

II. Mahmut döneminde bu çalışma açısından önem arz eden olaylardan birisi de 1829 yılında Katolik Ermenilerin bir "millet" olarak kabul edilmesinin ardından 1831 yılında Ermeni Patriğinin verilen beratla "Ermeni Katolik milleti"ne baş olarak atanmasıdır.⁹ Bütün Katolik Ermeniler yanında Katolik Maron ve Rumlar da dinî konularda Ermeni Katolik milletinin başı olan bu makama tabi kılındı. 1834'te ise Hristiyanların mezhep değiştirmelerini yasaklayan bir de kanun çıkarıldı.¹⁰

⁵ A.D. Novıçev, 1839 Gülhane Hatt-ı Hümayunu ve Dış Politikadaki Boyutları, Çev: Darhan Hıdıralı. İlmî Araştırmaları, 5, İstanbul,1997. S.286-287

⁶ Klasik döneme ilişkin değerlendirme için bk. Yılmaz YURTSEVEN, İslam ve Klasik dönem Osmanlı uygulamasında zimmilerin hukuki statüsü. Selçuk üniversitesi hukuk dergisi, Yıl 2000, Cilt 8, Sayı 1-2. s.448

⁷ Yurtseven, s.448

⁸ Cin, Halil / Akyılmaz, Gül. *Türk Hukuk Tarihi*, Sayram Yayınları, Konya 2003, s. 190.

⁹ Palmer, Alan. *Bir Çöküşün Yeni Tarihi Osmanlı İmparatorluğu'nun Son 300 Yılı*, Çeviren Belkıs Dişbudak Çorakçı, Turkuvaz Yayınevi, İstanbul, 1995, s.82.

¹⁰ Tunç, Hasan. *Türk Anayasa Hukuku*, Ders Kitabı, Gazi Kitap Evi, Ankara, 2018, s. 8-9.

II. Mahmut dönemindeki bu gelişmelerin ardından 1839 yılında Gülhane Hatt-ı Hümayunu'nun okunmasıyla Osmanlı hukukundaki değişikliklerle birlikte gayrimüslim Osmanlı tebaasının hukuki durumuna dair bazı düzenlemeler de yapılmıştır.

2. Gülhane Hatt-ı Hümayunu

II. Mahmut'un 1 Temmuz 1839'da vefat etmesinin ardından başa geçen Abdülmecit'in izniyle Mustafa Reşit Paşa¹¹, hem devleti kuvvetlendirmek için temel kurumlarda değişiklik yapmak, hem de Batılı devletlerden destek sağlamak amacıyla Gülhane Hatt-ı Hümayunu'nu 3 Kasım 1839 tarihinde Hatt-ı Hümayun'a adını veren Gülhane Parkı'nda okudu. Böylece Osmanlı Devleti'nde "Tanzimat" adı verilen yeni bir dönem başlıyordu. Bu fermanın esaslarını daha önce II. Mahmut başlatmıştır.¹²

Tanzimat Fermanı'yla Osmanlı Devleti'nin, son 150 yıldır şer'i kanunların uygulanmasında riayetsizlik sonucunda zayıflaması nedeniyle yeni kanunlara ihtiyaç duyulduğu ve yeni kanunların hem Müslim hem de gayrimüslimlerin can, mal, ırz ve konut dokunulmazlıklarının güvence altına alınacağı ilan edildi. Böylece bütün Osmanlı tebaasının herhangi bir din farkı gözetilmeden insani haklar, ceza ve vergi hukuku alanlarında aynı hak ve güvencelerden yararlanacakları ilk kez pozitif hukuk kuralları olarak saptanmış oldu.¹³

Bu maddenin ilanıyla Osmanlı hukuk sisteminde uygulamadaki İslam hukuku ilkelerinden bir kez daha sapılmış oldu. Zira bu yeni ilkeler tüm Osmanlı uyruklarının aynı hukuki kurallara tabi olmasını gerektiriyordu ki bu, Müslimler ile gayrimüslimlere farklı hukuki uygulamaların söz konusu olduğu şer'i hukuka uygun değildi.¹⁴Padişah bu fermana göre sahip olduğu yetkilerin bazılarının sınırlandırılmasına da izin vermiş oluyordu.¹⁵ Tanzimat Fermanı'nın müeyyidesi olarak da Padişah, fermanla ilan edilen ilkeler ile uygulamaya konulacak kanunlara uyacağına dair yemin etmektedir. Tanzimat Fermanı'nın ilanı ile birlikte sancak merkezlerinde meclisler kuruldu. Kurulan meclislerde Müslüman ve zimmi üyeler yer almaktaydı. Bu meclisler, haftanın belli günlerinde toplanarak sancağın çeşitli sorunlarını görüşüyordu. Eyalet merkezlerinde de benzer meclisler kuruldu.¹⁶

1844 yılında İngiliz Büyükelçisi Lord S. De Redcliffe'in uyguladığı baskı sonucunda, II. Mahmut tarafından konan Hristiyanların mezhep değiştirmeleri yasağı kaldırıldı. Böylece zimmiler, Batı'daki çeşitli Hristiyan mezheplerinin propagandasına açık hâlde getirilmiş oldu. 1846'da Sultan din, mezhep gibi farklılıkların, tebaanın şahsi meseleleri olduğunu, vatandaşlık haklarıyla ilgisi bulunmadığını söyleyerek "Aynı idarede, aynı ülkede yaşadığımız hâlde ayırım yapmak yanlıştır." dedi. Böylece siyasal haklarla din işlerinin ayrı olduğu, bir İslam ülkesinde ilk

¹¹ Mustafa Reşit Paşa (13 Mart 1800-07 Eylül 1858); Osmanlı devlet adamı, sadrazam ve diplomattır. Sultan Abdülmecit döneminde toplam 7 yıl Sadrazamlık yapmıştır ve Tanzimat Fermanı'nın mimarıdır.

¹² Üçok, Coşkun/ Mumcu, Ahmet/ Bozkurt, Gülnihal. *Türk Hukuk Tarihi*, Savaş Yayınevi, Ankara, 2002, s. 271.

¹³ A.D. Novıçev, s.284

¹⁴ Ahmet. Kiliç, Davut Yıldırım, Tanzimat Dönemi Düalist Hukuk Yapısının Şahsa Karşı İşlenen Suçlara Yansımaları, Necmettin Erbakan üniversitesi, Kültür Yayınları, 82, 2021 s.78-79

¹⁵ Gözler, Kemal. *Türk Anayasa Hukuku*, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa, 2000, s. 12-19.

¹⁶ Kenanoğlu. s.48

kez dile getiriliyordu. Yani Müslüman olmayanlarla olanların eşit haklara sahip kişiler oldukları kabul edilmek üzereydi.¹⁷

3. Islahat Fermanı

Gülhane Hatt-ı Hümayunu ile aralarında ayrım olmaksızın tüm Osmanlı uyruklarının kanunlar önünde eşit kabul edildiği; bütün tebaanın can, mal, namus ve konut dokunulmazlığının devletin güvencesi altında olduğu açıklanmıştı. Ancak Batılı devletlerin, Osmanlı uyruğundaki Müslim ve gayrimüslimlerin aralarında hem siyasi hem de hukuki açıdan bazı farklılıklar olduğunu iddia etmesiyle daha esaslı yeni düzenlemeler yapılmasına dair ısrar etmeleri sonucunda hazırlanan fermandır. Bu bağlamda Islahat Fermanı'yla gayrimüslim tebaaya verilen haklar kadar, bu fermanın hazırlanması ve ilan edilmesini hazırlayan olaylara da bakmak gereklidir.¹⁸

3.1. Fermanı Hazırlayan Olaylar

“Kutsal Yerler Sorunu” Kırım Savaşı'na yol açmış, Islahat Fermanı ise bu savaş sonrası toplanan Paris Barış Konferansını etkilemek amacıyla çıkarılmıştır. Kudüs ve dolaylarında bulunan ve Hz. İsa'nın yaşadığı, dinini yaydığı bölgeler olduğu için Hristiyanlar tarafından kutsal kabul edilen bazı yerler, Orta Çağ'dan itibaren 6 büyük Kilisenin (Ortodoks, Katolik, Ermeni Gregoryen, Suriye, Kıpti ve Habeş) yönetimine tabi idi. Kutsal yerlerin temizliği, muhafazası, bakımı ve tamiri işlerine çok önem verilirdi.¹⁹

Kanuni döneminde Fransa'ya verilen kapitülasyonlarla bu bölgelerdeki Katolik papazlarına imtiyazlar tanınmış ve bu haklar 1740'tan başlanarak çeşitli tarihlerde çıkarılan fermanlarla genişletilmişti. Diğer taraftan 1774 Anlaşması'yla Ortodokslara da bazı ayrıcalıklar verilmiş; Osmanlı Devleti Ortodoks tebaayı korumayı taahhüt ederken Rus hacıların Kudüs'teki kutsal yerleri serbestçe ziyaret edebileceklerini de bildirmişti. Bu bölgede çeşitli dinler arasında mevcut olan denge, 1829'dan sonra Fransa tarafından korunan Latinler aleyhine Rusya'nın Ortodoksları koruma politikası gütmeye başlamasıyla bozuldu.²⁰ Rusya bu tarihten itibaren Balkan devletleriyle olan sıkı ilişkilerine ve Ortodoks Hristiyanlar üzerinde kendisine genel koruma hakkı verildiğini iddia ettiği anlaşmalara dayanarak Slavlar ve Rumları kendi nüfuz alanına sokmak için Rum Ortodoks Kilisesi'ni destekleme yolunu tuttu.²¹Böylece kutsal yerler Rusya ve Fransa arasında yıllarca güç çatışmalarına konu teşkil etti. Bu alanda üstünlük sağlamak için birbiriyle yarışan bu iki ülkenin baskısı altında Osmanlı Devleti farklı tarihlerde çıkardığı fermanlar ile kimi zaman Katoliklerin, kimi zaman da Ortodoksların bu bölgedeki hak taleplerini teyit etmek zorunda kaldı.²² Bu fermanlar sayıca o kadar fazlaydı ki kutsal yerlere sorun dair sorun ortaya çıkınca tarafların haklarını belirlemek oldukça uzun zaman aldı.²³

¹⁷ Tunç, s.9

¹⁸ Kemal Beydilli, “1839 Tanzimat ve 1856 Islahat Fermanları Hakkında”, 150. Yılında Tanzimat, İstanbul 1990, s.28

¹⁹ E.P. Engelhardt, *Tanzimat ve Türkiye*, Çevirmen Ali Reşad, 2. Baskı, Kaknüs Yayınları, İstanbul, 2017, s. 439.

²⁰ Palmer, s.84.

²¹Ahmed Refik [Altınay], “Türkiye’de Islahat Fermanı”, *TTEM*, XIV/4 (1340), s. 193-215.

²² Özhan Kapıcı, Slav Birliğinden Balkan Birliğine: 1866-1868 Birinci Balkan İttifakı ve Rus Dış Politikasında Balkanlar Çıkması, Güney-Doğu Avrupa Araştırmaları Dergisi Yıl: 2015-2 Sayı: 28 s. 78

²³ Bozkurt, *Alman-İngiliz Belgelerinin ve Siyasi Gelişmelerin Işığı Altında Gayrimüslim Osmanlı Vatandaşlarının Hukuki Durumu*.1996,55.

İhtilal sırasında Fransa, izlediği laik politika nedeniyle Kudüs'teki Katoliklerle hiç ilgilenmedi. 1841'de Kudüs'teki Kamame Kilisesinin kubbesinin tamiri konusu gündeme geldiğinde Fransa tekrar konuya eğilerek tamir hakkının Latin rahiplerine hasredilmesini istedi. Babıali ise bu kilisede her milletin ibadetgâhları olduğunu, Fransa ile yapılan anlaşma hükümlerinin tüm kiliseye teşmil edilemeyeceğini, hele kubbe için bunun hiç mümkün olamayacağını bildirdi.²⁴

Bu arada Rus Çarı Nikola, kutsal topraklarla ilgilenmeye başladı. Kudüs'teki iki eski Ortodoks manastırını tamir ettirdi. Rus hacıları bu kiliseleri ziyarete gitmeye başladılar. Çar'ın Dışişleri Bakanı Kont Nesselrode, Çar'a yazdığı 1842 tarihli Rapor'da, Rusya'nın Yakın Doğu'daki politik amaçlarını gerçekleştirmek için alınması gerekli dinî tedbirlerle ilgili fikirlerini belirtti. Aynı yıl Antakya'dan Rusya'ya giden bir heyet, Protestanlar adına Çar'dan yardım istedi.²⁵

Nesselrode 3 Aralık 1844'te İngiltere'ye verdiği ve kendi adıyla anılan memorandumda “Sultan'ın Hristiyan tebaasının çıkarları için razı edilmesinde ısrar etmek gerektiğini, Avrupalı devletlerin Osmanlı Devleti'ndeki zimmi topluluklara karşı yapılan muamele ve dinî toleranssızlığa hoşgörü ile bakamayacaklarını” belirtmişti. Nesselrode, “Osmanlı bakanlarını büyük devletlerin dostluğunu ancak Hristiyanlara gösterilecek hoşgörüyle elde edebileceklerine inandırmak gerektiğini, bunun da İstanbul'daki elçilerinin görevi olduğunu, öte yandan Hristiyan sülhlerin de devlete itaatlerinin sağlanması gerektiğini” yazmıştı.²⁶

1843 yılında İsa'nın doğduğu “Beytullahim²⁷”de bulunan gümüş bir yıldızın kaybolması, Fransa ile Rusya arasında karşılıklı suçlamalara yol açtı. Babıali'nin yeni yıldız yaptırma teklifini kabul etmeyen taraflar arasındaki bu anlaşmazlık yıllarca sürdü. 1850 Mayıs'ında Fransa Osmanlı Devleti'ne verilen bir nota ile 1740 Anlaşması'nın 33. maddesi ile kadimden beri Katoliklerin tasarrufuna bırakılan yerlerin tekrar iadesini ve kutsal mezar (Kamame) Kilisesinin kubbesini onarma hakkını istedi.²⁸

Bu uyuşmazlıklar neticesinde Osmanlı Devleti'nin bazı değişiklikler yapılması yolundaki teklifini Rusya'nın yine reddetmesi ile savaş başladı. Böylece Osmanlıların sorunu yıllardır barışçıl bir şekilde halletme çabaları sonuçsuz kalıyor, Rusların Osmanlı Ortodoks tebaası üzerindeki haksız istekleri, sonunda bir anlaşmaya varılmasını engelleyerek bir Osmanlı-Rus savaşının daha çıkmasına yol açıyordu. 30 Kasım 1853'te Sinop'ta bir Osmanlı filosunun Ruslarca yakılması ve şehrin bombalanması üzerine İngiltere ve Fransa, Rusya'ya verdikleri ultimatomla Eflak ve Boğdan'ın derhâl boşaltılarak Ortodoks tebaa üzerindeki himaye iddialarından

²⁴ Palmer, s.12.

²⁵ Barkan, Ömer Lütfi. “Türk Toprak Hukuku Tarihinde Tanzimat ve 1274 (1858) Tarihli Arazi Kanunnamesi”, *Türkiye'de Toprak Meselesi*, Gözlem Yayınları, İstanbul, 1980, s. 298

²⁶ Engelhardt, s.440.

²⁷ Hz. İsa'nın doğduğu yer olduğuna inanılan Beytullahim, Kudüs'ün 10 km güneyinde, İsrail sınırları içinde bulunan Filistin özerk bölgelerinden biri olan Batı Şeria'da bir kenttir. Hz. İsa'nın doğduğu dönemde burası Roma İmparatorluğu'nun Yahudi'ye eyaletine bağlı idi.

²⁸ Engelhardt, s.447.

vazgeçilmesini istediler. Çar ultiyatomu reddetti. 12 Mart 1854'te İngiltere ile Fransa, Rusya'ya karşı savaşı açtılar.²⁹

Savaş devam ederken 9 Nisan 1854'te tekrar Viyana'da toplanan Prusya, İngiltere, Fransa ve Avusturya ülkelerine göre daha insafly yeni bir metin hazırladılar. Buna göre Osmanlı Devleti, Küçük Kaynarca ve Edirne Anlaşmalarında bulunan Hristiyan dininin korunmasıyla ilgili maddeye hem lafzen, hem de ruhen bağı kalmıştı. Hiçbir devlet Osmanlı tebaasının korunmasına dair hak iddia edemezdi. Ancak beş büyük devlet Sultan'ın egemenlik haklarına dokunmadan Hristiyan tebaaya tanınan ayrıcalıklarının sürmesini sağlamaya çalışacaklardı. Bu, Sultan'ın onur ve şerefi zedelenmeden yapılacaktı. Bu fedakârlıkların karşılığı olarak da Sultan'dan daha sağlam temellere dayanan garantiler istenecekti.³⁰

Görüldüğü gibi, ilk kez olarak Osmanlı Devleti'nin zimmi uyruklarını koruduğu kabul edilmiş; başka ülkelerin bu uyruklar üzerindeki koruma iddialarının Sultan'ın egemenlik haklarını zedeleyeceği gerçeği dile getirilmiştir. Artık Sultan'dan istenen, zimmiler üzerinde koruma hakkı değil; Hristiyan dininin korunması yolundaki taahhütlerdir. Görüldüğü gibi, Büyük devletler olayların akışına ve menfaatlerine uygun olarak sık sık değişen tekliflerle Osmanlı Devleti'nin karşısına gelmişlerdir. Konferansta Rus Temsilcisi Baron Prockesch'in Osmanlı Devleti'nde yapılması istenen ıslahatla ilgili olarak sunduğu proje ise Osmanlı Devleti'nce kabul edilmedi.³¹

Tüm bu çabalara rağmen devam eden savaş, nihayet Avusturya'nın 16 Aralık 1855'te "Osmanlı İmparatorluğu'nda Hristiyanların Müslümanlarla eşit haklara sahip olmaları" ve buna benzer koşullarla yaptığı barış önerisinin Rusya tarafından kabul edilmesi üzerine sona erdi. Avrupa devletleri bu tasarıya dayanarak Babıali'yi zimmilerle ilgili reformlar yapması için baskı altında tuttular. Babıali yetkilileri ile Batılı üç devletin büyükelçileri yapılması öngörülen reformlar için bir metin hazırladılar. Bu metin, savaşı sona erdirecek barış konferansından, yani Paris Barışı'ndan kısa süre önce "Islahat Fermanı" adı altında yayımlandı.³²

3.2 Islahat Fermanı

1839 tarihli Gülhane Hatt-ı Hümayunu ile bütün Osmanlı tebaasının can, mal, namus ve konut dokunulmazlıkları devlet tarafından güvence altına alınmıştı. Bundan farklı olarak, 1856 tarihli Islahat Fermanı'nda sadece zimmilerin hukuki statüleri, dinî ve sosyal yaşamlarına dair yapılacak düzenlemelerle değişiklikler söz konusuydu. Artık Kur'an'a atıf yapılmamıştı. Zimmilerin İslam hukukundaki statüleri tamamen değiştirilmişti. Zimmileri vatandaş hâline getiren haklar vurgulanırken, "milletlerin" sahip oldukları yetkiler de tek tek teyit ediliyordu.³³

18 Şubat 1856'da Islahat Fermanı, Babıali'de tüm bakanlar ile yüksek memurların, Şeyhülislam ile Patrikler, Hahambaşı ve çeşitli cemaatlerin diğer ileri gelenlerinin hazır bulunduğu toplantıda okundu.³⁴

²⁹ Bozkurt, *Alman-İngiliz Belgelerinin ve Siyasi Gelişmelerin Işığı Altında Gayrimüslim Osmanlı Vatandaşlarının Hukuki Durumu*, 1996, s.48.

³⁰ Gözler, s.19.

³¹ Bozkurt, *Alman-İngiliz Belgelerinin ve Siyasi Gelişmelerin Işığı Altında Gayrimüslim Osmanlı Vatandaşlarının Hukuki Durumu*, 1996, s.55.

³² Engelhardt, s.440.

³³ Cin/Akyılmaz, s.193.

³⁴ Gözler, s.19.

Herhangi bir mezhep mensubu olan zimmilerin nüfusu dikkate alınmaksızın, mezhepleri gereğince serbest bir şekilde ibadet edebilmeleri için her türlü tedbir alınacaktı. Kimse dini ya da mezhebinin gereğini icra ederken engellenemeyecek; aynı şekilde dini ya da mezhebi için zorlanamayacaktı.³⁵ Patriklik makamına atanan kişi, yaşadığı sürece sonuna kadar bu makamda bulunacaktı. Buna karşılık Patriğin sadece dinî yetkilerinin bulunduğu vurgulanarak, dünya işlerine dair yetkileriye kaldırılıyordu. Patrik, artık sadece dinî meselelerle ilgilenebilecekti. Cemaatlerin yönetimi, din adamları ile laik üyelerin teşkil ettiği meclisler tarafından sağlanacaktı. Böylece eski “millet” sistemine dair önemli bir değişiklik uygulamaya konuluyordu.³⁶ Zimmilere yüzyıllardır süren, Patriğin dinî ve dünyevi işlerdeki kimi zaman keyfilik içeren kesin otoritesinden sıyrılarak cemaatinin yönetimine dâhil olma hakkı tanınmıştı.³⁷ Devlete ödenecek vergiler de bir kanunla belirlenecekti. Böylece Müslümanlar ile zimmi uyrukların aralarında vergilere dair eşitlik sağlanırken, cemaat liderlerinin vergilendirme yetkisi de ellerinden alınmış oluyordu. Bu kişilere “cevaiz” ve “avaidat” yerine muayyen bir gelir tahsis ediliyor, başka makamlarda bulunan din adamlarına da maaş bağlanıyordu.³⁸

Herhangi bir yerleşim merkezinde oturan halkın geneli, aynı mezhebin mensubuysa kilise, okul, hastane, mezarlık gibi yerlerin tadilatında sorun çıkarılmayacak; yenilenmesi gerekliyse Padişah iradesi alınacaktı. Görülüyor ki, zimmilerin ibadete ilişkin yerlerinin tadilatına dair Padişah'tan izin alma zorunluluğu kaldırılarak, izin sadece yeniden inşa hâlinde mecbur kılınması söz konusuydu. Bu izin, cemaat önderleri kanalıyla Babıali'den istenecekti. Dinî ve mezhepsel farklılıkları sebebiyle zimmileri aşağılayıcı deyim ve ifadelere resmî evraklarda yazılması, halkın da, memurların da onlara dair utandırıcı ve kırıncı konuşmalar yapması yasaklanmıştı.

Zimmilerin hangi milletten olurlarsa olsunlar devlet hizmetine alınacakları ve ehliyet ve kabiliyetlerine uygun memuriyetlerde çalıştırılacakları, askerî okullar da dâhil bütün okullara kabul edilecekleri, cemaatlerin kendi bünyelerinde meslek ve ticaret okullarıyla başka okullar da açabilecekleri, fakat eğitim programlarının ve öğretmenlerin denetim altında olacağı da belirtildi. Ferman'ın eğitime ilişkin bu bölümüyle devletin uyrukları arasında pek çok alanda var olan ikilik eğitim alanında da sürdürülmüş, eşitlik ilkesini gerçekleştirme uğruna tanınan bu hak, uyrukları birleştirme amacından uzaklaşma nedenlerinden biri olmuştur.³⁹

Fermanın en önemli noktalarından biri, haklardaki eşitliğin görevlerde de eşitlik getireceği vurgulanarak gayrimüslimlerin de artık Müslümanlar gibi askerlik yapacak olmalarıdır. Bedel usulünün de geçerli olduğu belirtilerek, zimmilerin ordu içinde hangi pozisyonlarda istihdam edilecekleri bir tüzük ile düzenlendikten sonra en kısa zamanda ilan edileceği de belirtilmiştir.⁴⁰

³⁵ Azmi Özcan – Ş. Tufan Buzpınar, “Church Missionary Society İstanbul’da: Tanzimat, Islahat ve Misyonerlik 1858-1880”, İstanbul Araştırmaları, I, İstanbul 1972, s. 66

³⁶ Davison, Roderic H. *Osmanlı İmparatorluğu’nda Reform I*, Çeviren Osman Akınhay, Papirüs Yayınları, İstanbul, 1997, s.23.

³⁷ Üçok/Mumcu/Bozkurt, s.274-275.

³⁸ Bozkurt, *Alman-İngiliz Belgelerinin ve Siyasi Gelişmelerin Işığı Altında Gayrimüslim Osmanlı Vatandaşlarının Hukuki Durumu*, 1996, s.56.

³⁹ Engelhardt, s.447.

⁴⁰ Bozkurt, *Alman-İngiliz Belgelerinin ve Siyasi Gelişmelerin Işığı Altında Gayrimüslim Osmanlı Vatandaşlarının Hukuki Durumu*, 1996s.56.

1856 Fermanı'nda eşitlik ilkesinin doğal sonuçlarından biri olarak zimmilerin yerel meclislerdeki temsili hususu da düzenlenmiştir. Buna göre hem eyalet, hem de liva meclislerinin Müslüman ve zimmi üyelerinin seçilmesi için usulleri belirlemek ve reylerin doğru bir şekilde kullanımının sağlanması amacıyla bu meclislerin kuruluş ve düzenlenmesine dair mevcut Nizamnameler tekrar gözden geçirilecekti.⁴¹ Hükümet ve cemaat önderleri tarafından bir yıl için seçilecek birer memur, tüm tebaaya ilişkin maddelerin tartışılması sırasında Meclis-i Vala'da bulundurulacaklardı. Meclis-i Vala üyelerinin rey ve fikirlerini hür olarak beyan ve ifade etmeleri ve bundan rahatsızlık duymamaları gerektiği de belirtilmişti. Görülüyor ki bu fermanla İslam hukukundaki zimmilerin siyasi haklardan yoksun bırakılması ilkesi artık kaldırılıyordu.⁴²

Fermanın ilginç olan diğer bölümü ise usul hukukuna ilişkindir. Müslüman ile zimmilerin veya farklı mezheplerin mensubu olan zimmilerin aralarındaki ticaret ve ceza davaları karma mahkemelerde açık olarak görülecekti. Görülen davalarda taraflar hazır bulunacak, tanıklar yeminlerini de mensubu oldukları mezhep ve ayin usullerince uygun bir şekilde edeceklerdi. Medeni hukuk davalarına ise eyalet ve sancaklarda bulunan karma mahkemelerde vali veya kadi'nın huzurunda nizami veya şer'i usule uygun olarak aleni bir şekilde bakılacaktı. Zimmiler arasındaki miras davaları, eğer isterlerse mensubu oldukları cemaatin önderleriyle meclisleri tarafından çözümlenecekti. Ceza ve ticaret kanunları ile karma mahkemelerin uygulayacağı muhakeme usulüne dair kanunlar mümkün olduğu kadar süratle tamamlanarak ülkede geçerli olan dillere tercüme ve ilan edilecekti.⁴³

Islahat Fermanı'nın bütünü dikkate alındığında anlaşılacağı üzere, amaç hak ve görevler bağlamında zimmi tebaa ile Müslümanlar arasında eşitlik sağlamaktır. Zimmilere askerlik yapmanın da eşitliğin gereklerinden olduğu hatırlatılmıştır. Kendilerine verilen yeni haklar sayesinde zimmilerin hem devlet hizmetinde hem de idaresinde söz sahibi olabilmelerine imkân tanınmıştır. Bu noktada asıl dikkat çeken, zimmilerin dinin temel esas alınmasıyla kurulan "millet" (cemaat) sisteminde din adamlarının sahip olduğu mutlak otoriteden kurtarılarak devlet idaresinde sağlandığı gibi kendi cemaatlerinin yönetiminde de söz sahibi kılınmalarıdır.⁴⁴ Yani Islahat Fermanı, zimmilere sadece Müslümanlar ile değil; mensubu oldukları cemaatlerin yönetiminde de din adamlarıyla belli ölçüde eşitlik sağlamıştır. Bu sayede dinî liderlerinin, mensuplarından Kilise yararı için topladıkları vergiyi saptarken kötü niyetli davranmalarından bıkan ve konuya dair devlete sayısız şikâyette bulunan zimmiler, kendi dinî yönetimlerinin keyfi uygulamalarına karşı da korunmuş oluyorlardı.⁴⁵

Aynı şekilde Kilisenin medeni hukuk davalarındaki yetkileri de elinden alınmıştır. Osmanlı Devleti, Islahat Fermanı'nı yayınlamakla hem Rusya'nın hem de diğer büyük devletlerin zimmilerin hukuki statülerini bahane ederek iç işlerine müdahalelerinin önlenmesi için gerekli tedbiri almış oluyordu. Rusya, artık Rum Ortodoks tebaayı himayesi etme iddiasına dair geçerli bir sebep bulamayacaktı. Osmanlı Devleti, büyük devletlerin temsilcileriyle Paris'te yapılan barış

⁴¹ Engelhardt, s.440.

⁴² Engelhardt, s.448.

⁴³ Bozkurt, *Alman-İngiliz Belgelerinin ve Siyasi Gelişmelerin Işığında Gayrimüslim Osmanlı Vatandaşlarının Hukuki Durumu*, 1996, s. 59.

⁴⁴ Von Hammer, J. *Büyük Osmanlı Tarihi*, Kamer Yayınları, Çeviren: Mustafa Keskinpınar, Gece Kitaplığı Yayınevi, s.380.

⁴⁵ Üçok/Mumcu/Bozkurt, s.275.

görüşmelerinde, Islahat Fermanı'nın tartışılmamasını ve anlaşma metninde yer almamasını da istedi. Böylece ileride bazı devletlerin Osmanlı Devleti'nin bu fermana uymadığını ileri sürerek bazı iddialarda bulunmaları önlenecekti. Ancak bu teklif reddedildi. Osmanlı temsilcisi Âli Paşa, Islahat Fermanı'ndan "garanti" ya da "taahhüt" şeklinde bahsetmeyen bir deyim kullanılmasına razı olacağını açıkladı.⁴⁶

Sonunda 30 Mart 1856'da imzalanan Paris Barış Antlaşması'nın 9. maddesinde bu konu şöyle düzenlendi: "Uyrukların refah ve saadetlerini başlıca işi bilen Padişah, ırk ve din farkı gözetmeksizin uyrukların durumlarını düzenlemek amacıyla bir ferman vermekle İmparatorluk'taki Hristiyan ahali hakkında yüksek ve cömert düşüncelerini ifade buyurdıkları gibi, bu yoldaki düşüncelerinin yeni bir delilini göstermiş olmak için bu fermanı, kendiliğinden, anlaşmayı imzalayan devletlere göndermeyi uygun bulmuşlardır. Anlaşmayı imzalayan devletler, Sultan'ın serbest iradesiyle kendiliğinden çıkardığı bu fermanın yüksek değerini kabul eder. Bu fermanın anlaşmayı imzalayan devletlere, Padişahın ne kendi tebaası ile olan münasebetlerine ne de Osmanlı Devleti'nin iç idaresine teker teker ya da toplu olarak müdahale etmek için bir hak ve salahiyet vermeyeceği tabiidir."⁴⁷

Böylece Osmanlı Devleti, artık ülkelerin bu fermana dayanarak iç işlerine karışamayacağını açık bir şekilde belirtmiştir. Bu sayede en önemlisi Rusya için tedbir almış oluyordu. Osmanlı Devleti daha sonraki zamanlarda bu maddeyi uluslararası alandaki yabancı devletlerin iç işlerine karışmak istediği durumlarda karşı bir güç olarak çoğu kez kullandı. Ancak ne yabancı devletlerin müdahalelerini ne de bu sebeple ortaya çıkan siyasal çatışmaları engelleyebildi. Büyük devletler kendilerini fermanın uygulanıp uygulanmadığını kontrolde yetkili gördüler. Bu konuda elçileri rapor vermeyi sürdürdüler. Osmanlı devlet adamları bu çabaları ile ülke halkına eşitlik getirmek amacını güttükleri hâlde, ne bu fermanların çıkarılmasında doğrudan veya dolaylı şekilde etkisi olan büyük devletlerin isteklerini, ne de kendi uyruklarının çıkardığı huzursuzlukları sona erdirebildiler. Neticede bu uygulamadan Müslümanlar hoşnut, zimmiler ise tatmin olmadı.⁴⁸

Osmanlı Devleti'nde 1856 tarihli bu ferman ile teorik olarak zimmet akdi kaldırılmış oldu. Zira Gülhane Hatt-ı Hümayunu'yla zimmilere Müslüman ahaliyle birlikte tanınan hak ve yetkiler bu fermanla teyit edilmiş, aynı zamanda söz konusu hakları koruma ve artırma amacı da güdülmüştür. Bu bağlamda 1856 tarihli Reform'la zimmilerle Müslümanlar arasında eşitlik sağlanmaya çalışılsa da; zimmiler aslında Müslümanlardan farklı olarak ayrıcalıklı yeni bir statü elde etmişlerdir. Artık zimmiler, Osmanlı vatandaşı sayılmışlardır.⁴⁹ Devlet onlara siyasal haklarını tanımıştır. Bu kişiler artık zimmi değil, gayrimüslim Osmanlı tebaası olarak adlandırılmışlardır. Bu nedenle vatandaşlık hakları açısından Müslümanlardan hiçbir farkı olmayan, onlarla eşit olan, ama din farkı nedeniyle ister istemez özel bir statüye giren bu gruplar için "zimmi" yerine, "gayrimüslim" sözcüğünü kullanmak hukuken daha doğru olacaktır. Bu gruplar siyasal amaçlarına, yani ulusal devlet kurabilme amacına ulaşabilmek için "yeni

⁴⁶ Davison H, s.23.

⁴⁷ Bozkurt, *Alman-İngiliz Belgelerinin ve Siyasi Gelişmelerin Işığı Altında Gayrimüslim Osmanlı Vatandaşlarının Hukuki Durumu*, 1996, s.58.

⁴⁸ Üçok/Mumcu/Bozkurt, s.276.

⁴⁹ Ercan, Yavuz. *Osmanlı Yönetiminde Gayrimüslimler Kuruluştan Tanzimat'a Kadar Sosyal, Ekonomik, Ve Hukuki Durumları*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2001, s.7.

prensipelerin uygulanmadığı" şikâyetiyle sık sık Batılı devletlere başvurular. Ortodokslar Rusya'dan, Katolikler Fransa'dan, Protestanlar İngiltere'den yardım istediler. Bu fermanlar, azınlıkların bağımsızlıklarını kazanmak amacıyla silah gibi kullanmaları suretiyle Batılı devletler tarafından Osmanlı Devleti'ne baskı yapılmasını sağladı. Türlü siyasal amaçlar için fırsat bekleyen Batılı devletler ve Rusya da onları destekledi. Zira zimmilerin ulusal devlet kurabilme amaçlarını gerçekleştirmek istiyorlardı.⁵⁰

Osmanlı'nın devlet düzeni ve hukukunda büyük değişim ve dönüşümlere yol açan Islahat Fermanı'yla beklenenin aksine hiçbir kesim memnun edilemedi. Bu ferman ile devletin bütünlüğünün Avrupalı devletlerce garanti altına alındığı düşünülüyordu ancak Avrupalı devletlerin Osmanlı Devleti'nin iç işlerine müdahalelerinin artmasına neden olmuştur. Kaybettikleri bazı imtiyazlardan dolayı gayrimüslimlerin hoşnutsuzluğuna sebep olurken Müslümanlar tarafından da tepkiyle karşılanmıştır. Bu durum da toplum içinde huzursuzluklara yol açarak bazı olayların yaşanmasına yol açmıştır.⁵¹

4. Islahat Fermanı'nın Etkisiyle 1876 Yılına Kadar Çıkan Olaylar

1856 Nisan'ında Maraş'ta İngiliz Konsolosluğu'nda çalışan bir zimmi, bir mahkemede kadiya hakaret ettiği gerekçesiyle ailesiyle birlikte fanatik bir Müslüman grup tarafından öldürüldü. Temmuz 1856'da Cidde'de Müslümanlarla Hristiyanlar arasındaki bir kavgaya müdahale etmek isteyen Fransız konsolosu ve İngiliz konsolos yardımcısı öldürüldü. İngiliz ve Fransız gemileri Cidde'ye gelerek şehri topa tuttular ve suçluları idam ettiler. Olay, Müslüman ahali üzerinde büyük tepki yarattı. Görüldüğü gibi büyük devletler, çıkarları söz konusu olduğunda devletler arası hukuk kurallarına uymadan Osmanlı toprakları üzerinde Osmanlı Devleti'nin egemenlik hakkına giren yargılama yetkisini kullanabilmekteydiler. Bugün için akla sığmayacak bu olay, Osmanlı Devleti'ne o günlerde Batılı devletlerce hangi gözle bakıldığını açıkça göstermektedir.⁵²

Bu arada gayrimüslimlerin başvurmasıyla dış müdahaleler de sürüyordu. Rusya Balkanlar'daki provokasyonuna devam ediyordu. Bu tahrikler sonucu, Hristiyan halkın kendilerine iyi davranılmadığını ileri sürerek çıkardıkları Hersek (1861), Karadağ, Eflak (1861-66) Boğdan, Sırbistan (1862-67) olayları Babıali'yi epeyce yorduğu gibi, bu bölgelere yeni imtiyazlar tanınmasına da yol açtı. Aynı zamanda Girit'te de olaylar çıktı. Nüfusun büyük kısmını Rumların oluşturduğu Giritliler ya bağımsız olma ya da Yunanistan'a katılma isteğiyle tekrar (1841'de bu amaçla çıkan ayaklanmalar Babıali tarafından bastırılmıştı) ayaklandılar.⁵³ Rumlar, 1856 Fermanı'nın ilanından sonra büyük çapta gayrimenkul almaya başlamışlardı. Yunanistan'la birleşmek istedikleri hâlde bunu gerçekleştirmenin zor olduğunu bilen Giritliler, daha iyi işleyen, Hristiyan bir vali başkanlığında bir idareye de razıydılar. Yunanistan'ın da tahrikleri sonucunda Osmanlı yönetiminden şikâyetçi oldukları gerekçesiyle 1858'de ayaklandılar. İngiliz

⁵⁰ Üçok/Mumcu/Bozkurt, s.276.

⁵¹ Ersel Kiraz, Osmanlı Devleti'nde Modern Dönüşüm Evrelerinin Kamu Üzerindeki Etkileri, ARHUSS, (2018), 1(1): s.8

⁵² Kılınç, Ahmet. "İdam Cezasının Tanzimat Dönemi Osmanlı Hukukundaki Görünümüne İlişkin Birkaç Kaynak ve Bu Kaynakların Tarihi", *Türk Hukuku Tarihi Araştırmaları*, S.11, 2011, s.36.

⁵³ Bozkurt, *Alman-İngiliz Belgelerinin ve Siyasi Gelişmelerin Işığı Altında Gayrimüslim Osmanlı Vatandaşlarının Hukuki Durumu*, 1996, s.71.

Başkonsolosu Longworth'un bu konuda yazdığı bir raporda, Paşanın Rum halka çok insancıl davrandığı, onlara istedikleri yerde, diledikleri ölçü ve sayıda kilise inşa etme izni ile toprak ve para da verdiği hâlde, Rumlar tarafından kendilerine baskı yapmakla suçlandığını, hâlbuki Hatt-ı Hümayun'un hükümleri gereğince sonradan Türklere Hristiyan olma hakkının verildiğini, Hristiyanlara da Müslüman olma hakkının verildiğini, hatta daha önce baskıdan kaçmak için Müslüman olanlara, tekrar Hristiyan olma izninin verildiğini, yine de tatmin olmadıklarını, hep Müslüman fanatizminden bahsettiklerini, kendilerinin de fanatik olduklarını belirtmektedir.⁵⁴

Sonunda 2 Ekim 1867 tarihinde Sadrazam Âli Paşa adanın idari sistemini yenilemek üzere Girit'e gönderildi. 10 Haziran 1868'de Girit Adası'ndaki yeni idari sistemi açıklayan bir ferman yayınlandı. Bu fermanla gayrimüslim halka idare meclislerine ile karma mahkemelere üye olma hakkı tanındı. Valinin biri Hristiyan, diğeri Müslüman olan iki müşaviri bulunacaktı. Adadaki resmî yazışmalar da iki dil ile yapılacaktı.⁵⁵

12 Aralık 1875'te çıkarılan Adalet Fermanı ile halkın Padişahın gözünde eşit olduğu vurgulandıktan sonra yargılamada ve vergide reform yapılacağı, 6'sı Hristiyan ve diğerleri nazırlardan kurulu 15 üyeli bir Islahat Komisyonu kurulacağı belirtildi ve Patrikhanenin hakları teyit edildi: Gayrimüslim cemaatlere ait muafiyet ve dinlerinin serbestçe icrası, devlet hizmetine girebilecekleri hatırlatıldıktan sonra onların askerlik yerine bedel verdikleri, hakça olan eşitliğin görevde de eşitliği gerektirdiği ancak cemaatlerin buna uymadıkları gibi, bedeli askeriyenin tahsilinin bile usulüne uygun olmadığı belirtilerek 20-40 yaş arası gayrimüslimlerden alınan 100 altınlık bedelin, eşitlik ilkesi gereğince 50 altına indirildiği açıklandı. Ayrıca bazı bölgelerde gayrimüslimlere arazi satılmayıp onların çiftçi olarak çalıştırılmaları usulünün kaldırılarak onların da boş arazi satışlarında Müslümanlar gibi alım hakları olduğu, vasiyetlerinin ifasına ve velisi olan yetim gayrimüslimlerin mallarının idaresine hiç karışılmayacağı, velinin suiistimali ve şikâyet hâlinde devletin işe el koyacağı da yazılıydı.⁵⁶ Ferman, görüldüğü gibi kapsam bakımından gayrimüslim patriklere verilen atama beratlarında yazılı yetkilerle 1856 Islahat Fermanı'nın bir karışımından oluşmaktadır. Ferman vilayetlerde ilgili memurlara ve büyük devletlere tebliğ edildi.⁵⁷

Islahat Fermanı ile gayrimüslimlere dair yapılan bütün düzenlemelere rağmen, Batılı devletler bir türlü tatmin olmuyorlardı. Bu durumu II. Abdülhamit, İstanbul Konferansı görüşmeleri sırasında "Büyük devletlerin amaçları, Hristiyan tebaanın haklarını temin değil, önce İstanbul'u temin suretiyle İmparatorluğu parçalamaktır". Bunu şu şekilde yapıyorlar: Hristiyan ahaliyi ayaklandırıp ortalığı karıştırmak, böylece onlara arka çıkmak" demiştir.⁵⁸

⁵⁴ Ali İhsan Karataş, "Osmanlı Devleti'nde Gayrimüslimlere Tanınan Din ve Vicdan Hürriyeti", Uludağ Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, 15/1, 2006, s. 270.

⁵⁵ Bozkurt, Alman-İngiliz Belgelerinin ve Siyasi Gelişmelerin Işığı Altında Gayrimüslim Osmanlı Vatandaşlarının Hukuki Durumu, 1996, s.74.

⁵⁶ Durhan, İbrahim. "Tanzimat Döneminde Osmanlı Yargı Teşkilâtındaki Gelişmeler", *Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 12, S. 3-4, s.55-111.

⁵⁷ Tunç, s.89.

⁵⁸ Beydilli, s.27

5. 1876 Anayasası ve Gayrimüslimler

1876 Anayasası'nın 8. maddesinde vatandaşlık ile ilgili bir hüküm vardır: "Osmanlı tabiiyetinde bulunan herkes hangi din ve mezhepten olursa olsun istisnasız Osmanlı tabir olunur." Böylece ilk kez Tanzimat Fermanı ile tanınan ve Islahat Fermanı ile bir kez daha vurgulanan Tabiiyet-i Osmaniye Kanunu'nda yer alan "uyrukluğu din kavramından soyutlama", ilkesi anayasal kural hâline getirildi. 10. maddenin ilk cümlesinde tüm Osmanlıların kişi hürriyetlerinin her türlü saldırıdan korunduğu ve cezaların kanuniliği ilkesi yer almıştı. 21-22. maddelerde servet ve konut dokunulmazlıklarına değinilmişti. 16. maddede bütün okulların devletin kontrolünde bulunduğu, mülk-i muhtelifenin okullarında din derslerinde özel uygulama yapabilecekleri yazılıdır. 25. madde de zimmilerin yıllardır şikâyetlerinin temelini teşkil eden konudan bahsediyordu.⁵⁹

"Vergi, aynı isimle bütün Osmanlı uyruklarından din yada ırk olarak fark gözetilmeden alınır. Yasada yazılı olmayan vergi toplanamaz. II. maddede "Devletin dini İslam olmakla birlikte düzen ve umumi adabı ihlal etmemek şartıyla Osmanlı Devleti'nde diğer dinlerin ve milletlere verilmiş olan mezhep imtiyazlarının serbestçe icrası devletin himayesindedir." cümlesine yer verilerek kimsenin dinine de mezhebine de karışılmayacağı bir kez daha belirtildi. Anayasa'da Osmanlıların ülkenin hak ve görevlerinde yasalar önünde eşit olduğu (17. madde) ve devlet hizmetine girmek isteyen Osmanlıların Türkçeyi bilmeleri şartıyla (Madde 18), ehliyet ve kabiliyetlerine uygun olarak devlet hizmetine kabul edilecekleri de bildirildi (Madde 19).⁶⁰

Mithat Paşa zimmi liderleri ziyaret ederek (Rum, Ermeni Patrikleri ve Hahambaşı) reformların gerçekleştirilmesinde gösterdikleri anlayış ve iş birliğinden ötürü teşekkür etti. Böyle bir ziyaret, Osmanlı tarihinde ilk kez gerçekleşiyordu. Ancak ulema ve medrese talebeleri bu Anayasa ile Müslümanların, gayrimüslimlerin kölesi hâline geldiklerini iddia ettiler. Mithat Paşa, Batılı devletlerden de umduğu desteği bulamadı. Çünkü bu Anayasa ile güçlü ve birleşik bir Osmanlı Devleti yaratılabilirdi ki bu, Batılıları rahatsız ederdi. Bu Anayasaya göre, Meclis-i Mebusan'da her üye sadece kendi seçim bölgesini değil, tüm Osmanlı tebaasını temsil edecekti ve Müslim-gayrimüslim her 50.000 erkeğe bir temsilci seçilecekti.⁶¹ Böylece din, ırk, dil ayrımı gözetmeden herkes Osmanlı tabir olunarak yeni bir ulus yaratılmak istenmişti.

Gayrimüslim milletvekillerinin aktif olarak rol aldığı bu meclis 20 Mart-28 Haziran 1877 ile 13 Aralık 1877-16 Şubat 1878 tarihleri arasında toplandı. Ancak içteki bu olumlu gelişmelere rağmen Meşrutiyet dış ilişkileri düzeltmekte fazla yararlı olamadı. Bu Anayasa ile güçlü ve birleşik bir Osmanlı Devleti yaratılabilmesinden bir parça endişe duyan büyük devletler bu hareketin samimiyetine inanmadılar ve isteklerini sürdürdüler. 4 Mart 1877'de Bismarck, 6 büyük devletin kararıyla Babiali'ye bir nota verileceğini açıkladı. 31 Mart 1877'de büyük devletler hazırladıkları Londra Protokolü'nü Osmanlı Devleti'ne sundular. Buna göre Bosna-Hersek ve Sırbistan'da hemen ıslahat ve Karadağ'la barış yapılması isteniyordu. Elçiler yapılacak ıslahatı

⁵⁹ Nazif Surüri, Şerh-i Kanun-i Tabiiyet, çev: Harun Karakaya, Abdullah Vefa Karataş ve diğerleri, Editör: Ahmet KILINÇ. Adalet Bakanlığı Yayınları,7, seri:5, Ankara, 2021. S.83

⁶⁰ Bozkurt, Gülnihal. "İslâm Hukukunda Zimmilerin Hukukî Statüleri", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 3, S. 1-4, 1987, s.115-155.

⁶¹ Üçok/Mumcu/Bozkurt, s.279.

denetleyeceklerdi. Görüldüğü gibi, önemli olan Osmanlı Devleti'nde neler yapıldığı ya da gösterilen çabalar değil; büyük devletlerin kendi isteklerinin derhâl yerine getirilmesiydi.⁶²

Osmanlı Devleti, 2 Nisan 1877'de yabancı devletlerin himaye ve denetleme isteklerine itiraz ederek bunu egemenlik haklarına ve Anayasa'ya aykırı buldu. Devlet sözü edilen bölgeler için özel reform sözü veremezdi. Çünkü bu, 1876 Anayasası'ndaki eşitlik ilkesine aykırı olurdu. Bu nedenle protokol reddedildi. Bunu bahane eden ve savaşa hazır bekleyen Rusya, Osmanlı gayrimüslimlerini koruma amacını içeren bir deklarasyonla savaş ilan etti ve Rus orduları Balkanlar'da sınırı geçtiler. Gayrimüslim Meclis üyeleri 14 farklı dil konuşuyor; fakat Anayasa hükümleri gereğince çok az Türkçe biliyorlardı. Üyeler, Müslim-gayrimüslim ayrımı yapmadan, bu deyimleri kullanmadan ülke çıkarlarını savundular.⁶³ Anayasal prensiplere dayanan bir Osmanlı Devleti için çalışmak niyetindeydiler. Gerçekten yaklaşan savaş tehlikesi içinde devam eden meclis çalışmaları sırasında gayrimüslim milletvekilleri kendi menfaatlerini sonuna kadar savunabiliyorlardı.⁶⁴

14-15 Mayıs 1877 oturumlarında ise İntihab-ı Mebusan Kanunu görüşülürken yasada mebusların sadece Osmanlılardan seçileceği yazılırsa halkın sadece Müslümanları seçeceğini savunan Rum milletvekilleri, Hristiyanların haklarının özel olarak bu yasada garanti edilmesini istediler.⁶⁵

Bu öneriden, halktaki Osmanlı kavramının sadece Müslümanları kapsadığı anlayışının hâlâ yaşadığı açıkça anlaşılmaktadır. Savaşın başlaması üzerine, Meclisteki gayrimüslim üyeler Rusya'nın korumasını istemediklerini, Parlamentoda kendi milletlerini değil, Osmanlıları temsil ettiklerini, devlete bağlı olduklarını belirtirler. Halep Milletvekili Manok Efendi, Ermeni ve Rumlar olarak Rus korumasını hiçbir şart altında kabul etmeyeceklerini ve böyle bir tedbirlerin alınmasına gerek yoktur. Bulgar milletvekilleri de, Bulgarların Rusların koruma iddialarını reddettiklerini, Anayasa'nın yardımı ile Osmanlı milleti için çalışmak istediklerini söylediler. Diğer gayrimüslim üyeler de benzer bildirimler okudular. Ama bu arada yapılan askerlik çağrısına hiçbir gayrimüslim katılmadı. II. Abdülhamit de Rusya ile savaşı bahane ederek Meclis'i kapattı. Böylece I. Meşrutiyet Devri sona ermiş oldu.⁶⁶

6. Berlin Barışı ve Sonrasında Gayrimüslimlerle İlgili Gelişmeler

1877-78 yıllarında devam eden savaş, Osmanlıların yenilgisiyle sonuçlandı ve 1878 Mart ayında Ayastefanos (Yeşilköy) ön barışı ile Osmanlı Devleti, Ermenilerin yaşadığı bölgelerde ıslahat yapmaya ve onları Doğu Anadolu'daki yerel halkla olan ilişkilerinde korumaya söz verdi. Bu anlaşmanın görüşmeleri sırasında İstanbul Ermeni Patriği'nin başkanlığında bir heyet Rusya'dan yönetim özgürlüğü istedi ise de Rusya kendi topraklarındaki Ermeniler nedeniyle buna

⁶² Kenanoğlu, s.44-56.

⁶³ Ortaylı, s.201

⁶⁴ Bozkurt, "İslâm Hukukunda Zimmilerin Hukukî Statüleri", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 3, S. 1-4, 1987, s.16

⁶⁵ Kenanoğlu, s.48.

⁶⁶ Bozkurt, "İslâm Hukukunda Zimmilerin Hukukî Statüleri", 1987, s.18

yanaşmadı. Yine bu anlaşma ile Sırbistan'ın sınırlarının genişletilmesi; bağımsız bir Bulgaristan kurulması kabul edildi.⁶⁷

Ayrıca Osmanlı Devleti, ülkedeki Hristiyanlar lehine ıslahat yapmayı Rusya'ya taahhüt etti. Bu vaat, ileride Rusya'ya Osmanlı Devleti'nin iç işlerine karışma hakkı tanıdı. İngiltere ve Avusturya bu anlaşmaya karşı çıktılar. İngiltere Dışişleri Bakanı Lord Salisbury, Hindistan yolu nedeniyle Doğu Anadolu'nun ve Balkanlar'ın Rus himayesine geçmesini engellemeye çalıştı. İngiltere, Ayastefanos Anlaşması'nın hükümlerinin değiştirilmesi için gayret sarf edeceğini bildirerek, karşılığında Babıali'den Kıbrıs'ın yönetimini ve ileride İngiltere ile kararlaştırılacak şartlar altında gayrimüslim uyruklar için reform taahhüdünde bulunulmasını istedi. Rus tehlikesine karşı bir önlem olarak da Doğu Anadolu'daki Ermeniler için ıslahat yapılmalıydı. Görüldüğü gibi, Osmanlı toprakları üzerindeki Rus-İngiliz rekabeti, yavaş yavaş o güne kadar var olmayan bir Ermeni sorunu oluşturarak gündeme getirmektedir.⁶⁸

6.1. Berlin Konferansı

Ayastefanos Anlaşması'yla Rusların Osmanlı Devleti üzerinde etkisini artmasından rahatsızlık duyan İngiltere, 1856 tarihli Paris Antlaşması'nın hükümlerinin ihlâl edildiğini gerekçe göstererek bu antlaşmanın milletlerarası bir konferans ile yeniden gözden geçirilmesi isteğinin Avusturya ile Almanya'nın da destek vermesiyle Osmanlı Devleti'nin geleceğine dair konuların ele alınması için Berlin'de 1878 tarihinde dönemin büyük devletleri olan Rusya, İngiltere, Fransa, Avusturya-Macaristan, İtalya, Almanya, Osmanlı İmparatorluğu ile Balkan devletlerinin temsilcilerinin katıldığı bir konferans düzenlendi. Berlin Konferansı olarak anılan bu konferans, Rusya ile Osmanlı Devleti arasında birkaç ay önce imzalanan Ayastefanos Antlaşması'nı hükümsüz kılan Berlin Antlaşması'nın Temmuz 1878' de imzalanmasıyla sona erdi.

Ülkede din ve mezhep farkı kimse için siyasi ve dinî haklardan yararlanmakta bir engel olmayacak, çeşitli cemaatlerin ruhani liderleriyle olan ilişkilerinde zorluk çıkarılmayacaktı.⁶⁹ Bu maddede ilginç olan nokta, Osmanlı Devleti'nin uyruklarına tanıdığı hakların, Osmanlı Devleti'nde seyahat eden her ulustan din adamı ve ziyaretçilere de tanınmasıdır. Böylece İslam hukukunun çok önemli iki hukuki kurumu olan "zimmilik" ve "müstemenlik" kurumları bu anlaşma ile birleştirilerek, bunlara aynı haklardan yararlanma imkânı sağlanmıştı.⁷⁰ Temelde birbirinden çok farklı esaslara dayanan ve farklı sonuçlar doğuran bu iki kurum, bu anlaşma ile Osmanlı hukukunda böylece aynı sonucu doğurur hâle getirilmiştir. Üstelik müstemenlerin bu haklarının kontrolü, fıkhıta sadece Halifeye ait iken, bu madde ile yabancı diplomatların kontrolüne verilmiştir.⁷¹ Osmanlı ülkesinde oturan konsoloslar ve diplomatların, yabancı din adamları ile ziyaretçileri himaye hakları kabul edilmiş; bununla da yetinilmeyerek, kutsal yerlerde ve diğer bölgelerde bulunan din ve hayır kurumlarını da resmen koruma yetkisi bu kişilere tanınmıştır.⁷²

⁶⁷ Karpat, Kemal, "Balkan Müslümanlarının Medeni Hakları", Balkanlar'da Osmanlı Mirası ve Ulusçuluk, çev. Recep Boztemur, İmge, Ankara 2004, s. 283-314.

⁶⁸ Kenanoğlu, s.48.

⁶⁹ Aydın, Babuna, Geçmişten Günümüze Boşnaklar: Bir Ulusun Doğuşu, 2. Baskı, Tarih Vakfı Yurt Yayınları, İstanbul 2007. S.76

⁷⁰ Kenanoğlu, s.48.

⁷¹ Gülnihal Bozkurt, "İslam Hukukunda Müs'temen'ler," Prof. Dr. Fadıl Hakkı Sur'un Anısına Armağan, Ankara, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, 1983, s. 362

⁷² Bozkurt, "İslâm Hukukunda Zimmilerin Hukukî Statüleri"1987, s.120

Bu anlaşmanın en tehlikeli yanı, Babıali'nin müstemenlerle zimmileri aynı kategoriye sokmasıdır. Böylece yabancı devletlere gerektiğinde gayrimüslimlerle ilgili sorunlara rahatlıkla müdahale imkânı sağlanmıştı. Ayrıca bu anlaşma ile Fransa'nın haklarının muhafaza edilip, kutsal yerlerde statüsünün korunacağı da hükme bağlanmıştı.⁷³

Görülüyor ki, Kırım Savaşı'na neden olan kutsal yerler sorunu hep gündemdedir ve 1877-78 Osmanlı-Rus Savaşı'nı bitiren anlaşmayla Fransa, bu bölgede varlığını ve iddia ettiği ayrıcalıklarını bir kez daha teyit ettirmiştir.

6.2. Berlin Konferansı'ndan Sonraki Gelişmeler

Ağustos 1878'de İngiltere Hükûmeti, Doğu Anadolu için bir reform programı hazırladı. Buna göre, Doğu Anadolu'da Batılı devletlerce örgütlenecek ve komuta edilecek bir jandarma kuvveti oluşturulacaktı. Gerekli görülen vilayetlerde başında Avrupalı yargıçların olacağı mahkemeler kurulacaktı. Bu bölgelerdeki diğer mahkemelerin kararları bu yargıçlarca onanmadan kesinleşmeyecekti. Böylece Osmanlı Devleti'nin egemenliğinin yanında, yargılama yetkisine de el konuluyordu. Vergi reformu da yapılacaktı. Daha da ağır olanı, Doğu Anadolu'ya vali atanırken Padişah, İngiltere Büyükelçisi'ne danışacaktı. Özellikle bu hüküm, Padişah açısından son derece onur kırıcıydı.⁷⁴

Yabancı hâkimlerin Osmanlı meslektaşlarından daha kıdemli bir mevkide ve davalarda karar mercii olmaları kabul edilemezdi. Memleketin örf ve âdetlerini bilemeyen yabancı hâkimlerin duruşmaları yönetmeleri de uygun görülüyordu. Ayrıca ihtisas sahibi yabancı hâkimlerin bütün vilayetlerdeki adli çalışmaları denetlemeleri hususu da kabul edilmişti. Babıali 17 Ekim 1878 tarihinde yayınladığı ve Erzurum Sivas, Van, Diyarbakır, Bitlis ve Mamuretül Aziz vilayetlerini kapsayan bir irade ile daha önce büyük devletlerce önerilen ıslahatı yaptığını açıkladı ve üç büyükelçiye de üç gün sonra bunun birer Türkçe kopyasını verdi. Bu iradeye göre Şakir Paşa'ya Hristiyan bir yardımcı tayin ediliyordu. Her valiye aynı şekilde Hristiyan bir yardımcı atanacaktı. Kaymakam seçiminde din farkı gözetilmeyecek, Doğu Anadolu'da ve Orta Anadolu'nun bazı kesimlerinde Müslim ve gayrimüslim memurların tayini ahali nispetine uygun olarak yapılacaktı. İdare, polis ve jandarmadaki gayrimüslim memurların sayısını "Daimî Denetleme Kurulu" tespit edecekti.⁷⁵ Eşit sayıda Müslim ve gayrimüslim üyelerden kurulu adliye teftiş kurulları, mahkeme ve hapisaneleri denetleyecekti. Çeşitli merkezlerde mülkiyet haklarını tespit için eşit sayıda Müslim ve gayrimüslimden oluşan komisyonlar kurulacaktı.⁷⁶

12 Kasım 1879'da Mahmut Nedim Paşa'nın Dâhiliye Nezareti Genel Sekreteri Artin Dadian Efendi'yle birlikte hazırladığı reform projesine göre, mülki idarede bir bölme yapılacak, bazı bölgelerde Avrupalı müfettişler kontrolünde, yerli halktan bir Jandarma Teşkilatı kurulacak, gayrimüslimlerin askerî okullara girmelerine ve mezuniyetten sonra silah altına alınmalarına izin

⁷³ Davison, Roderic H. "Tanzimat Döneminde Osmanlı Diplomasisinin Modernizasyonu", *OTAM*, Çeviren Dr. Durdu Mehmet Burak, S. 11, Ankara, 2000, s.849.

⁷⁴ Bozkurt, "İslâm Hukukunda Zimmilerin Hukukî Statüleri"1987, s.121

⁷⁵ Kenanoğlu, s.50

⁷⁶ Bozkurt, "İslâm Hukukunda Zimmilerin Hukukî Statüleri"1987, s.121-122

verilecek, Hristiyanlardan da vali atanacaktı. Sultan, bu taslağın yürürlüğe konması için bir irade çıkardı.⁷⁷

Görüldüğü gibi "Doğu'da Islahat" adı altında istenen ve gerçekleştirilmeye başlanan şey, aslında burada bağımsız bir devlete doğru gidişin ön koşullarının hazırlanmasıdır. 1896 yılından sonra ise Girit'te valinin Hristiyanlar arasından seçilmesine karar verildi.

II. TANZİMAT'TAN İTİBAREN ÇIKAN YASALARLA GAYRİMÜSLİMLERİN HUKUKİ STATÜSÜ

1839 yılında ilan edilen Gülhane Hatt-ı Hümayunu ile yapılmaya çalışılan hukuki düzenlemeler 1856 yılına ilan edilen Islahat Fermanı ile daha da genişletilerek Osmanlı Devleti'nde bütün Osmanlı tebaası için yeni bir dönem başlamıştır. Artık Müslümanlar ile gayrimüslimler arasındaki ayırım kaldırılmış, vatandaşlar arasında eşitlik esası getirilmişti. Önceleri şer'î hukuka göre düzenlenen Osmanlı hukuku bu yeni düzenlemelere göre yeniden tertip edilerek bütün tebaa her bakımdan hukuk ve kanunlar önünde eşit duruma gelmişti. Bu çerçevede Tanzimat Döneminden itibaren çıkan yasalarla gayrimüslim Osmanlı tebaasının hukuki durumuna dair birçok düzenleme yapılmıştır. Bu düzenlemeleri başlıklar hâlinde ele almak mümkündür.⁷⁸

A. Vilayet Nizamnamesi

Batılı devletler Islahat Fermanı'na dayanarak idari bir düzenlemeye gidilmesini istiyorlardı. Onlara göre, ezilen gayrimüslimlerin kurtarılması, Müslümanlarla eşit şartlar altında mülki idareye katılmalarıyla mümkündü. Nizamname'nin "Vilayet'in Umur-i Hususiyesi" adlı faslına göre, her vilayette bir Meclis-i Umumi bulunacaktı. Bu meclisin başkanlığını merkezden atanan vali yapacak, üyeleri de ikişer Müslüman ve gayrimüslimden oluşacaktı. Ayrıca her sancak ile kazada da yine gayrimüslim ve Müslümanlardan oluşan İdare Meclisleri kurulacaktı.⁷⁹

Bu Nizamname ile hem Müslüman hem de gayrimüslim halkın idareye katılması sağlanarak dış müdahalelerin önlenmesi amaçlanıyordu. Nizamname önce Tuna Vilayeti'nde denendi ve son derece başarılı oldu.⁸⁰ 1876 Anayasası'nda kanun önünde herkesin eşit olduğu ilkesinin ilanı ile yeni bir vilayetler yasası üzerinde çalışmalar yapıldı. II. Abdülhamit, Meclisin kabul ettiği Vilayetler Kanunu'nu veto etti. Bir süre sonra da Meclis'i dağıttı. 15 Mart 1913 tarihinde İdare-i Umumiye-i Vilayet Kanunu ile idari bölünmede değişiklik yapılmamış, sadece iş bölümü genişletilmişti.⁸¹

B. Nizamiye Mahkemelerinin Kuruluşu

Tanzimat'ın ilanından sonra Müslüman ve gayrimüslim tüm vatandaşların eşit olması ve her iki tebaaya da uygulanacak kanunların kabul edilmesi, bu kanunları uygulayacak mahkemelerin kurulmasını da gerektirmişti. Zira dinî esaslara dayanan Şer'îye Mahkemelerinin

⁷⁷ Davison, Roderic H, s.849

⁷⁸ Burak Hamza Eryiğit, Cansu Kalafat, Osmanlı Devleti'nde 1840 – 1858 Yılları Arasında Taşra Yönetimini Düzenleyen Nizamnameler Üzerine Bir Değerlendirme, Strategic Public Management Journal, Volume 5, Issue 10, Dec 2019, s.59-65

⁷⁹ Bozkurt, *Alman-İngiliz Belgelerinin ve Siyasi Gelişmelerin Işığı Altında Gayrimüslim Osmanlı Vatandaşlarının Hukuki Durumu*, 1996, s.111.

⁸⁰ Davison, Roderic H. "Tanzimat Döneminde Osmanlı Diplomasisinin Modernizasyonu, s.850

⁸¹ Bozkurt, "İslâm Hukukunda Zimmilerin Hukukî Statüleri" 1987, s.128.

yeni kanunları uygulayabilmesi mümkün görünmüyordu. Tanzimat'ın ilanından sonra çıkarılan ilk kanun, 1840 tarihli Ceza Kanunu'ydu. Bu kanunun "mukaddime"sinde, Osmanlı tebaasından olan herkesin istisnasız eşit olduğundan; can, mal, ırz ve namus dokunulmazlıkları olduğundan söz ediliyordu. "Hatime"de ise ehli İslam ile milel-i saireden olanlara dair hiçbir istisna olmaksızın kanunun uygulanacağı ifade edilmişti.⁸²

Kanun'un katil cürmünden bahseden 1. faslının 1. maddesinde de vezirle çobanın bir olduğu ve çobanın canına kasteden vezir hakkında kısas uygulanacağı belirtilerek eşitlik ilkesine bir kere daha değinilmiştir. Bu kanun 1851 ve 1854'te değiştirildi. 1854'teki değişiklikte de Müslüman ve gayrimüslim bütün Osmanlı vatandaşları ile Osmanlılar ve yabancılar arasındaki ceza hukukuna dair davaların görüleceği tahkikat meclisleri düzenlendi. Buna göre, tahkikat meclisleri haftanın belli günlerinde toplanıyor ve Ceza Kanunnamesi çerçevesinde davalar görülmüyordu.⁸³

1850 yılında Fransa'dan esinlenilerek Kanunname-i Ticaret çıkarıldı. 1861 yılında da Ticaret Usul Kanunu yayınlandı. 1858 yılında da Arazi Kanunnamesi çıkarıldı. 119. maddede dinî ayrılıkların adi ve şer'i intikale engel olacağı, bundan dolayı miri arazi mutasarrıfı ile intikal ve tapu hakkı sahibi arasındaki dinî ayrılığın intikali engelleyeceği hükme bağlanmıştı. Fakat farklı dinlere mensup gayrimüslimler arasındaki dinî ayrılık intikale mâni değildi.⁸⁴

Çıkarılan bu kanunlar çerçevesinde; hâlen varlığını koruyan ve özellikle medeni hukuka ilişkin davaların görüldüğü şeriat mahkemeleri ile doğrudan cemaatlere bağlı olan cemaat mahkemelerinin yetkileri dışında kalan hukuki ve ticari davalara tahkikat meclisleri bakıyordu. Tahkikat meclislerinin yaygınlaşmaya başlamasıyla nizâmiye mahkemelerinin kuruluş süreci de başlamış oldu.⁸⁵

1864 tarihinde çıkarılan Vilayetler Nizamnamesi ile her nahiyede bir ihtiyar meclisi, kaza merkezlerinde bir "Deavi Meclisi", sancak merkezlerinde de hukuk işleri için "Meclis-i Temyiz-i Hukuk" ve "Meclis-i Cinayet", vilayet merkezlerinde "Divan-ı Temyiz-i Hukuk" ve "Meclis-i Kebir-i Cinayet" adıyla istinaf mahkemeleri kuruldu. Kurulan bu mahkemelerde Müslüman vatandaşlar ile gayrimüslim vatandaşlar ortak bir şekilde görev alacaklardı. Sonrasında vilayet mahkemelerindeki hukuk ve cinayet daireleri birleştirildi ve Divan-ı Temyiz oluşturuldu. Oluşturulan bu yeni mahkemelerde cemaat, şeriat, ticaret ve konsolosluk mahkemelerinin görev alanlarının dışındaki olaylarda hem Müslüman hem de gayrimüslim vatandaşlar yargılanacaktı. Bu şekilde "Nizamiye Mahkemeleri" kurulmuş oldu.⁸⁶

Yeni gelen uygulamaya göre mahkemelerin ilamları Türkçe yazılacak, fakat mahkemenin bulunduğu yerdeki halkın çoğunluğunun olduğu yerlerdeki halkın konuştuğu dillere göre mahkemede tercüme edilecekti. 1868'de Meclis-i Vala-yı Ahkâm-ı Adliye ayrılarak Şûra-yı Devlet

⁸² Abadan, Yavuz. "Tanzimat Fermanı'nın Tahlili", *Tanzimat Değişim Sürecinde Osmanlı İmparatorluğu*, bkz: Ed.Halil İnalçık, Mehmet Seyitdanlıoğlu, 6. Basım, Ankara, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları s.59.

⁸³ Abadan, s.60.

⁸⁴ Aytekin, E. Attila. "Hukuk, Tarih ve Tarihyazımı: 1858 Osmanlı Arazi Kanunnamesi'ne Yönelik Yaklaşımlar", *Türkiye Araştırmaları Literatür Dergisi*, C. 3, S. 5, 2005, s.726.

⁸⁵ Macit Kenanoğlu, 19. Yüzyıl Osmanlı Hukuk Sisteminde Gayrimüslim Cemaatlere Tanınan Adli Yetkiler ve Bakmaya Yetkili Oldukları Davalar, *Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları*, Sayı 5, 2008 (Bahar), 32

⁸⁶ Bozkurt, *Alman-İngiliz Belgelerinin ve Siyasi Gelişmelerin Işığı Altında Gayrimüslim Osmanlı Vatandaşlarının Hukuki Durumu*, 1996, s.114.

ve Divan-ı Ahkâm-ı Adliye olarak adlandırılan en yüksek adli mahkemeler kuruldu. Divan-ı Ahkâm-ı Adliye'nin dinî hukuku ilgilendiren konulara dair yetkisi yoktu. Bu kuruluş hukuki alandaki davalara bakan, ticari meselelere değinmeyen mahkemelerin, yani Nizamiye Mahkemelerinin en üst organıydı. Nizamiye Mahkemeleri aynı sene tekrar düzenlendi. Her nahiyede Sulh Mahkemesi görevi yapmak üzere en az 3, en çok 12 üyeden oluşturulan ihtiyar meclisleri kurulacak; üyeleri hem Müslümanlar hem de gayrimüslimler arasından seçilecek, imamlar ile ruhani liderler bu meclislerin tabii üyeleri olacaklardı. Kazalarda kadı başkanlığında 3 Müslüman ile 3'te gayrimüslimden seçilerek oluşturulan Meclis-i Deavi'ler, sancaklarda ise 3 Müslüman ile 3 gayrimüslimden seçilerek oluşturulan altışar kişilik hukuk ve ceza meclisleri kuruluyordu. Alt kademe mahkemeler için istinaf mahkemesi görevini sancak mahkemeleri üstlenmişlerdi. Vilayetlerde Meclis-i Cinayet adıyla kurulan yeni mahkemelerin üyelerinin seçimini ise bölgede yaşayan halk yapıyordu.⁸⁷

Bu mahkemelerin üstlendikleri görevleri layıkıyla yapabilmeleri için Adliye Teftiş Makamı kuruldu. 1868 yılında Divan-ı Ahkâm-ı Adliye ikiye ayrılarak Müslim ve gayrimüslim üyelerle oluşturulan Şûra-yı Devlet'in görevleri arasına bütün kanun ve tüzük tasarılarını incelemek de dâhil edildi. Bunun sonucunda Müslümanlar ile birlikte gayrimüslimler de ilk kez ülkede geçerli olacak hukuki kuralların yapılmasında aktif rol almış olacaklardı.⁸⁸

Şûra-yı Devlet'in 41 üyesi vardı ve bu üyelerin 28'i Müslümandı. Bu sayede kanunların konulmasında ve uygulanmasında gayrimüslimler de söz hakkına sahip olabiliyorlardı.⁸⁹ Tutucu Müslümanlar Hristiyanların devlet teşkilatına bu şekilde dâhil edilmesini hoş karşılamazken Batılı elçiler Hristiyan tebaadan Şûra-yı Devlet'e yeterince üye alınmadığından şikâyet ettiler. Bu arada zimmilerin Müslüman mahallelerinde ev alamayacaklarına ilişkin yasağın hâlâ devam etmesi ise ilginçtir.⁹⁰

Gayrimüslimlerin şahitliklerinin kabul edilmemesi de Batılı devletleri Osmanlı yargılama sisteminde oldukça ilgilendiren konulardan biriydi. Müslümanlara karşı gayrimüslimlerin şahitlikleri geçerli sayılmıyor, sadece gayrimüslimlere karşı geçerli sayılıyordu. Zengin gayrimüslimler, fakir Müslümanlara karşı açtıkları davaları genellikle ya kazanıyorlar ya da Müslümanlardan para karşılığı şahit tutuyorlardı. İngiltere Konsolosluğu'nun raporlarında yazıldığına göre, 1856 yılından itibaren Hristiyanların şahitlikleri kabul edilmeye başlanmıştır. Bu durum, tüm ülkede bir anda gerçekleşmiş bir durum değildir. Zira bazı raporlarda da bu durumun tersi belirtilmiştir.⁹¹

Bu bağlamda gayrimüslim şahitliklerinin kabulü bir bölgeden başka bir bölgeye, bir hâkimden başka bir hâkime göre farklılık göstermiştir. Aynı zamanda bazı raporlardan İngiliz diplomatlarının bu konuya dair Hükûmete baskı yaptıkları da anlaşılmaktadır. Bu arada, önceden Hariciye Nezareti'nin baktığı cemaatler ile ilgili meseleler de 1295 (1879) tarihli bir Nizamname

⁸⁷ Ekrem Buğra Ekinci, Osmanlı Devletinde Mahkemeler ve Kadılık Müessesesi Literatürü, 2005, Cilt , Sayı 5, s.424-425

⁸⁸ Ali Akyıldız, Tanzimat Dönemi Osmanlı Merkez Teşkilâtında Reform: 1836-1856, İstanbul 1993, s. 127-133.

⁸⁹ Bozkurt, *Alman-İngiliz Belgelerinin ve Siyasi Gelişmelerin Işığında Gayrimüslim Osmanlı Vatandaşlarının Hukuki Durumu*, 1996, s.115.

⁹⁰ Kenanoğlu, s.57.

⁹¹ Nuran Koyuncu - Yasin Yılmaz, Osmanlı'nın Son Yüzyılında Hukuk Düşüncesinin Dönüşümü ve Dönemin Başlıca Tartışma Konuları, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.26, S.2, 2018. s.101

ile Adliye Nezareti'ne verilerek Nezaret'in ismi de Adliye ve Mezaheb Nezareti şeklinde değiştirilmiştir. Bu Nezaret'in yeni görevi, Hükûmet ile cemaatler arasında iletişim sağlamaktı. Bu sayede Adliye Nazırı, aynı zamanda cemaatlerin işleriyle de ilgilenecekti.⁹² Yine 1879 yılında Teşkilat-ı Mehakim Kanunu çıkarılarak Nizamiye Mahkemeleri tekrar kuruldu. Buna rağmen zimmiler miras, evlenme, boşanma, nafaka ve vakfa dair davaları için kendi cemaat mahkemelerine gitmeye devam ettiler.⁹³

C. Vergi Alanındaki Düzenlemeler

Tanzimat'la birlikte vergi sisteminde de değişikliğe gidildi. Zimmiler cizyedarlardan son derece şikâyetçi idiler. Gerçi Tanzimat'a göre Müslim zimmi herkes eşitti ve cizyenin kaldırılması lazımdı. Ama cizyenin kaldırılmasının, zimmilerin askerliği sorununu ortaya çıkarması nedeniyle bu verginin alınmasına devam edildi.⁹⁴ Yeni Maliye Nezareti teşkilatında bir de cizye kalemi kuruldu. Eski iltizam usulü kaldırılarak bir muhassıllık teşkilatı oluşturuldu. 1840 tarihli "nüfus ve emlak tahrirlerinin yapılması, mali ve idari işlerin tanzimiyle görevli meclislerin kurulmasına" ilişkin Talimat'ın 8. bendinde, Hristiyan reayadan toplanan verginin cizyedarlarla değil, kocabaşlarıyla cemaatlerden toplattırılarak devletten maaş alan muhassıllara verileceği belirtildi. Yine aynı yıl haraçla öşür arasındaki fark da kaldırıldı. Eyaletlerde defterdarın ve defterdar bulunmayan yerlerde (kazalarda) mal müdürlerinin reisliği altında kadı ve diğer yüksek rütbeli memurlardan oluşan dörder kişilik meclisler oluşturuldu. Gayrimüslim tebaanın yaşadığı yerleşim merkezlerinde metropolit ve kocabaşı da meclis üyesi oluyordu.⁹⁵ Müslüman olmayanlardan alınacak vergiler Patrikhane aracılığıyla tespit edilip mahallelerde kocabaşılar tarafından toplanarak maliye hazinesine verilmek üzere muhassıllara teslim ediliyordu. Yani artık cizye baş üzerinden değil, toplum üzerinden alınmaya başladı. Ancak bu iş için yetişmiş eleman bulunamamasından dolayı, muhassıllar gönderildikleri çok geniş bölgelerde iletişim yetersizliğinden görevlerini yeterince yapamadılar. Beklenen fayda sağlanamayınca tekrar eski usule, iltizama dönüldü. Devlet, vergiyi muhatıra usulü ile toplayacaktı. Devlete en fazla para ödemeyi vaat edenlere 2 yıl için vergi toplama hakkı verildi. Ancak bunlar, süreleri sona ermeden en yüksek kârı elde etmeye çalıştılar.⁹⁶

Tanzimat'ın ikinci yılında Mustafa Reşit Paşa iktidardan düşünce cizyenin yine baş üzerine konması ve toplanması yöntemi geri getirildi ise de millet liderlerinin aşırı vergi toplamaları üzerine şikâyetler arttı; Mustafa Reşit Paşa tekrar iktidara geldiğinde ise yine bu vergi toplum üzerinden alınmaya başlandı. 1856 Islahat Fermanı ile gayrimüslimlere de askerlik hizmeti konulması konusu üzerinde duruldu. Ancak Müslümanlar ve gayrimüslimlerin karşı koyması üzerine cizye, iane-i askeriye adıyla yeniden düzenlendi.⁹⁷

⁹² Bozkurt, *Alman-İngiliz Belgelerinin ve Siyasi Gelişmelerin Işığında Gayrimüslim Osmanlı Vatandaşlarının Hukuki Durumu*, 1996, s.117.

⁹³ Bozkurt, "İslâm Hukukunda Zimmilerin Hukukî Statüleri", 1987, s.129.

⁹⁴ Koyuncu/Yılmaz. S.82

⁹⁵ Ercan, s.7.

⁹⁶ Ahmed Akgündüz, *Osmanlı Devleti'nde Gayrimüslimlerin Yönetimi Pax Ottoman*, Timaş Yayınları, İstanbul, 2008, s.145

⁹⁷ Ortaylı, İlber. "Osmanlı İmparatorluğu'nda Millet Sistemi", *Türkler*, Cilt 10, Yeni Türkiye Yayınları, Ankara, 2002, s. 227

D. Askerlik

Osmanlı Devleti'nin Batılı devletlerce en çok tenkit edildiği noktalardan biri de gayrimüslimlerin askere alınmamalarıydı. Bu göreve karşılık olmak üzere cizye toplanması Tanzimat'ın ilanına kadar devam etti. 1839 yılında Müslümanlar ile zimmilere bazı konularda eşit hakların tanındığı açıklanınca Hristiyanların da asker olmaları için gerekli önlemlerin alınmasına karar verilmişti. İlk kez 1843 yılında özerk Hristiyan eyaletler hariç, tüm ülkeye şamil olmak üzere Müslim ve gayrimüslim tebaa için askerlik mecburiyeti kondu. Prensip olarak Hristiyanlar da kuraya dâhil edilecek ve her yıl 25.000 asker toplanacaktı. Böylece Hristiyanlar hep itiraz ettikleri cizyeden muaf tutulacaklardı. Ancak Müslüman olmayan halktan asker toplanamadı.⁹⁸

Gayrimüslimler sivil yaşamı daha kârlı buldukları ve işlerini bırakmak istemedikleri için askerlik konusunda çok isteksiz davrandılar. Ayrıca bunların ordu içerisinde yer almaları ordu disiplinini etkileyebilirdi. Bütün bu itiraz ve zorluklar göz önünde bulundurularak Babıali 1857'de Müslümanlar için ihtiyari, Müslüman olmayanlar için emredici olarak askerlik hizmetinden Bedel-i Askeriye adı verilen vergiyi ödeyerek çekilme hakkı verdi. Bu arada gayrimüslim çingeneler askerlik bedelinden muaf tutuldular. Bunun nedeni Müslüman olan çingenelerin de askere alınmamasıydı.⁹⁹

Bu dönemde yazılan raporlardan, gayrimüslimlerin askere alınmalarının eşitliğe aykırı olduğu gerekçesiyle Avrupalı devletlere Osmanlı Devleti'ni şikâyet ettikleri görülmektedir. Oysa istenen eşitlik değil, kendi düzenlerinin bozulmamasıdır. Bu arada Mithat Paşa'nın Müslüman olmayan tebaa çocuklarının da harp okullarına alınmaları teklifini Padişah reddetmişti. Yine 26 Kasım 1877'de Stanboul gazetesinde yayınlanan bir irade ile Osmanlı Hristiyanlarının kent muhafızı olarak orduya katılmalarına karar verildi. Ama bu girişim de olumlu sonuç vermedi. Protestolar başladı ve Babıali baskı suçlamasından kaçınmak için bu isteklere boyun eğdi.¹⁰⁰

22 Nisan 1896 tarihinde çıkarılan bir başka iradeyle jandarmaların %10'unun Hristiyan nüfustan görevlendirileceği açıklandı. Ancak maaşın az ve düzensiz olması sebebiyle gayrimüslimlerden jandarmalığa karşı talep çok az oldu. 7 Ağustos 1909 tarihinde Anayasa'da yapılan değişiklikten sonra ise Bedel-i Askeriye kaldırılarak İmparatorluğun bütün vatandaşlarına askerlik hizmeti yükümlülüğü getirildi.¹⁰¹

Görülüyor ki gayrimüslim tebaanın da askere alınması, prensipte Islahat Fermanı'ndan itibaren kabul edilmiş olsa da pratikte sarf edilen bütün çabalara, bu konuda çıkarılan fermanlara ve yapılan düzenlemelere rağmen gayrimüslimler askere alınmamış, alınamamış ve Gülhane Hatt-ı Hümayunu'ndan itibaren tekraren vurgulanan eşitlik ilkesi, sadece Müslümanların değil, gayrimüslimlerin de karşı çıkmalarıyla askerlik alanında bir türlü gerçekleştirilememiş, hep kâğıt üzerinde kalmıştır.¹⁰²

⁹⁸ Bozkurt, *Alman-İngiliz Belgelerinin ve Siyasi Gelişmelerin Işığı Altında Gayrimüslim Osmanlı Vatandaşlarının Hukuki Durumu*, 1996, s.121.

⁹⁹ Akgündüz, s.149.

¹⁰⁰ Gülsoy, Utku. *Osmanlı Döneminde Gayri Müslimlerinin Askerlik Serüveni*, 1. Baskı, Simurg Yayınları, İstanbul, 2000, s.43.

¹⁰¹ Bozkurt, "İslâm Hukukunda Zimmilerin Hukukî Statüleri 1987, s.130.

¹⁰² Gülsoy, s.45.

E. Din Hürriyeti

1839 Gülhane Fermanı'yla kabul edilen "Zimmilerle Müslümanların bazı haklardan yararlanmalarını içeren ilke, pratikte bir İslam ülkesinde yaşayan gayrimüslimlerin bazı konularda şer'i hukuka tabi tutulmalarından kaynaklanan sorunları çözümlenememiştir ki, bunların en önemlisi olan, İslamiyet'i kabul eden gayrimüslimlerin irtidadları, büyük devletlerin Osmanlı Devleti'ni sürekli baskı altında tutmalarına yol açmıştır.¹⁰³

Bilindiği gibi, İslam'da Müslümanlar için din değiştirme hürriyeti yoktur. İslam'dan dönen Müslümanlar ölümle cezalandırılırlar. Müslümanlara asırlardır uygulanan bu kural, Müslümanlığı kabul edip sonradan vazgeçen zimmiler için söz konusu olduğunda Batılı devletlerin şiddetli tepkileri ile karşılaşmıştır. İngiltere ve Fransa, Babıali'den hiç olmazsa irtidada verilecek cezanın uygulanmasına yol açmamak için gerekli teşebbüslerde bulunacağını taahhüt etmesini tekrar istediler. Babıali, "hâlen ve gelecekte, önce Müslüman olduktan sonra irtidad¹⁰⁴ eden bir Hristiyanın idam edilmemesi için Sultanın lütfuyla büyük devletlerle olan ilişkileri daha samimi kılmak üzere etkili tedbirler alınacağını" yazılı olarak İngiltere'ye bildirdi. Buna istinaden, 1834 tarihinde çıkarılan "Hristiyanların mezhep değiştirmelerini yasaklayan" ferman da kaldırıldı. Böylece bu konuda, II. Mahmut tarafından konan yasak sona erdi.¹⁰⁵

Aslında Osmanlı Devleti çoğunluğun mensup olduğu din için "din hürriyeti" olmayan tek ülke değildi. İspanya'da Katolik olmayan dinî ibadet yasaktı. İtalya'da Protestan mezhebine geçenler ağır cezalara çarptırılıyorlardı. Ancak Osmanlı Devleti'ndeki sorun, din hürriyeti değil; büyük güçlerin zayıf buldukları bir ülkede dilediklerini yapabilmeleriydi. Osmanlı Devleti kuruluşundan itibaren hiçbir zimmiyi Müslümanlığa geçmeye zorlamamış, onların kendi dinlerinde kalmalarına izin vermiş; ancak Müslümanlara da kendi şer'i kanunlarını uygulamıştı. İslamiyet'i kabul eden zimmiler de, İslam hukukunun irtidad konusundaki hükmüne doğal olarak tabi tutulmuşlardı.¹⁰⁶ Osmanlı Devleti'nin Müslümanlara irtidad cezasını uygularken Müslüman olan zimmilere bu cezayı uygulamayacağı yolunda bir vaatte bulunması, din konusunda çok hassas olan ve zaten reformlar yüzünden rahatsız olan Müslümanların büyük olaylar çıkarmasına yol açabilirdi. Bir şer'i devlette şeriatın temel kurallarından birini uygulamamayı ilan etmek, devletin aslının inkârı olacaktı ki, hiçbir Osmanlı Hükûmeti tüm vaatlere rağmen buna kalkışmadı. Devlet sadece pratikte bu İslami kuralı uygulamamayı denedi.¹⁰⁷

İbadet özgürlüğü ise Osmanlı Devleti'nde büyük sorun yaratmadı. Ayrı mahalle ve köylerde yaşayan zimmiler ve Müslümanlar asla karışmadılar. Zimmiler dinî ibadetlerini her zaman olduğu gibi serbestçe yerine getirdiler.¹⁰⁸ Ancak dinî ayinlerini kendi bölgesinde, Müslümanlar duymadan ve görmeden kendi ibadethanelerinde yerine getirirlerdi. Kiliselerde çan

¹⁰³ Bozkurt, *Alman-İngiliz Belgelerinin ve Siyasi Gelişmelerin Işığında Gayrimüslim Osmanlı Vatandaşlarının Hukuki Durumu*, 1996, s.130.

¹⁰⁴ irtidad kelimesi "ridde"den türemiş yani bir şeyi kabul etmemek, doğru yoldan sapmak; İslam dinini reddedip başka bir dine girenlere mürted denir.

¹⁰⁵ Ortaylı, s.219

¹⁰⁶ Akyıldız, Ali, *Tanzimat Dönemi Osmanlı Merkez Teşkilâtında Reform, (1839-1856)*, Eren Yayınları, İstanbul 1993.s.227

¹⁰⁷ Bozkurt, "İslâm Hukukunda Zimmilerin Hukukî Statüleri", 1987, s.130.

¹⁰⁸ Yılmaz Yurtseven, *İslam Hukuku ve Klasik Dönem Osmanlı Uygulamasında Zimmilerin Hukuki Statüsü*. Selçuk Üniversitesi, Hukuk Dergisi, Yıl 2000, Cilt 8, Sayı 1-2. s.442

çalma yasağı vardı. Çünkü bu yabancı bir ibadetin işaretiydi. Yalnız Lübnan'da ve Ege adalarında bir grup Hristiyan'a çan çalma imtiyazı tanınmıştı.¹⁰⁹

Din değiştirmeler esnasında kadı, kişilerin üzerinde herhangi bir baskı olmadığına dair tanıklar ile konsolosluk tercümanları hazır bulunurdu. Dönemin İngiliz Konsolosu Wood'un Raporu'na göre, gayrimüslim toplumların ayin ve dinî törenlerinin serbestçe yapılmasını sağlamak ve korumak için bunlara tehdit ya da diğer maksatla karışanları cezalandırmak üzere de bir yasa çıkarılmıştır. Müslüman halkın saygısını sağlamak için askerî birliklerin buldukları yerdeki nöbetçi, önünden Patrik veya Piskopos geçtiğinde onu tüfekle selamlamaktadır.¹¹⁰

Protestan misyonerler ise 1864'te bir Müslümanın Protestan olarak İstanbul'da İslamiyet aleyhine vaaz vermesi ve İstanbul halkının galeyana gelmesi üzerine Londra'ya, "Vicdan hürriyeti, İngiliz ulusunun taleplerini yerine getirmeye mecbur olduğu şüphesiz bulunan bir memlekette ihlal ediliyor." diye yazmışlardır. Osmanlı topraklarında faaliyet göstermelerine izin verilen misyonerlerin kullandığı bu ifade, onlar arasında Osmanlı Devleti'nin temsil ettiği statüyü açıkça ifade etmektedir.¹¹¹

İngiliz Sefiri White'in 2 Mayıs 1885 tarihli Raporu ise konuyu daha çok açıklar: Sefir, Hükûmetten Osmanlı Devleti'nin Müslüman ve Yahudiler arasında çalışan Protestan topluluğu misyonerlerine daha çok yardım edilmesini istemektedir. Böylece Osmanlı Devleti'nde 1834 yılında kabul edilen Hristiyanların mezhep değiştirmelerini yasaklayan kanunun kaldırılması için İngiltere'nin neden çalıştığı da açıkça ortaya çıkmaktadır. İngiltere bunu, yasanın iptali çalışmaları sırasında ilan ettiği gibi "din hürriyeti" adına yapmamıştır. Amaç, Protestanlığın Osmanlı topraklarında daha kolay yayılabilmesi, dinin de yardımıyla İngiliz politikasının gerçekleştirilebilmesidir.¹¹²

F. Devlet Hizmetinde ve Ticaret Hayatında Gayrimüslimler

Bir kısım zimmi, babadan oğula yıllarca baruthaneyi idare ederlerken, bazıları da silahşor unvanıyla sarayda çalıştırılmak üzere istihdam edilmişlerdi. Bazı Yahudiler de topçu olarak çalıştırılmışlardır.¹¹³ Hristiyan köylülerden derbentçi olarak da büyük ölçüde yararlanılmıştı. Önemli geçiş noktalarında muhafızlık yaparak emniyeti sağlayan derbentçilerden¹¹⁴ acemi oğlanı da alınmazdı. Bunlar bazı vergilerden ve gemi yapımı gibi angaryalardan da muaf tutulurlardı. 1761'de Rusya'nın Rumları kışkırtması ve Arnavutların çıkardıkları huzursuzluklar üzerine bir

¹⁰⁹ Bozkurt, *Alman-İngiliz Belgelerinin ve Siyasi Gelişmelerin Işığı Altında Gayrimüslim Osmanlı Vatandaşlarının Hukuki Durumu*, 1996, s.134.

¹¹⁰ Güneş, Ahmet. "İslam Hukukunda Gayrimüslimlerin Vatandaşlık Statüleri", *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, S. 11, 2008, s.256.

¹¹¹ Halil, Şimşek, "İttihat ve Terakki Yönetimi ve Gayrimüslim Cemaatler", *Çanakkale Araştırmaları Türk Yılı*, Yıl 12, Bahar 2014, S. 16, s.183-189.

¹¹² Eryılmaz, Bilal. Osmanlı Devleti'nde Millet Sistemi, Ağaç Yayıncılık, İstanbul, 1992, s.32.

¹¹³ Güneş, Gülcan Aşşin. "Osmanlı Devleti'nin Gayrimüslimlere Bakışı ve Klasik Dönem Millet Sistemi", *Sosyal ve Kültürel Araştırmalar Dergisi*, C. I, S. 2, 2015, s.16-18.

¹¹⁴ Derbent kelimesi, Farsça kökenli bir kelime olup Osmanlıcada karşılığı, İki dağ arasındaki geçit yeri, boğaz. Sınırlarda bulunan küçük kale. Derbentçi ise Sınırdaki bulunan kaleleri, yolları koruyan görevlilerdir.

fermanla zimmilerin derbentçilik yapmaları yasaklandı. Tanzimat'tan sonra Derbent Teşkilatı yeniden düzenlenerek, her yörede yerli halktan zaptiyeler oluşturulacağı kabul edildi.¹¹⁵

Kuyumculuk, sarraflık, bankacılık, hekimlik ve mimarlık gibi meslekler genel olarak zimmiler tarafından icra ediliyordu. 19. yüzyılın ikinci yarısında İstanbul'da Tahvil ve Hisse Senetleri Borsasının hâkimiyeti, İstanbul ve İmparatorluğun sair yerlerinde küçük sanayi tecrübesi yaşamış olan Rumlar ve Ermenilerdeydi. Namık Kemal "Memur olmanın bize ne faydası oldu? Biz sıkıntılar içinde çırpınırken Hristiyanlar sanat ve ticaretle uğraşarak Avrupa seviyesine geldiler." diye yazıyordu.¹¹⁶

Müslüman olmayanların tercümanlık ve istisnai bazı işler dışında devlet hizmetine alınmaları ise Tanzimat Fermanı'yla getirilen eşitlik ilkesi sayesinde mümkün olmuştur. Adliye, Eğitim, Belediye ve Maliye kurumlarında pek çok zimmiye görev verilmiştir. Parlamenter sistemin uygulandığı dönemlerde Meclis'te de gayrimüslimler milletvekilliği, bakanlık gibi görevler üstlendiler.

1844'te Dışişleri Bakanlığı bünyesinde görev yapanların %71'i Müslüman, %29'u gayrimüslim iken, 1893'te Müslümanların oranı %43'e düşmüştü. 1897'de ise %55 Müslim, %45 gayrimüslim bu bakanlıkta görev yapıyordu. Elçi olarak da pek çok gayrimüslim yurt dışına gönderilmişti. Dışişlerinin yanı sıra sanayide de gayrimüslimler ön plandaydılar. 20. yüzyılda özellikle Rumlar fabrikalar açtılar.¹¹⁷

Türkler bu işlerden o kadar uzaktı ki, Maliye Bakanı Cavit Bey 3 Mart 1917'de yaptığı konuşmada "Şu ana kadar sanayiye yabancıların eline terk eden Türkler artık iş ve kapital edinmeli, ekonomik gücü ele geçirmelidirler." diyordu. Daha önce de değinildiği gibi, gayrimüslimlerin en fazla itibar ettikleri işlerden biri de tercümanlıktı. Türkler dinî ve sosyal telakkilerle dil öğrenmeye heves etmiyorlardı. Zaten eğitim sisteminin yetersizliği de öğrenme şanslarını yok ediyordu.¹¹⁸

İlk devirlerde Müslümanlığı kabul eden zimmiler tercümanlık yaparken 17. yüzyıldan itibaren Rumlar yavaş yavaş bu işi tekellerine aldılar. Ancak devletin tüm dış ilişkilerindeki sırlara vakıf olan bu kişiler, 1821 Ayaklanması'ndan sonra şüpheyi üzerlerine çektiler. Devlete gerçekten bağlı Rum tercümanlar pek azdı. Devlete millî birlikleri için ya da büyük devletlerle anlaşarak kendi menfaatleri için ihanet eden Rumların yerine, Müslümanlardan tercüman yetiştirilmesi yoluna gidildi. 1820'de Babıali'de bir tercüme odası açılarak, yabancı dil bilen eleman yetiştirilmeye başlandı.¹¹⁹

Tercümanlara sakal bırakma, ata binme, özel kıyafet ve kürk giyme, cizyeden muafiyet gibi imtiyazlar tanınmıştı. Tercümanların yanında çalıştırdıkları hizmetkârlar da cizyeden muaf

¹¹⁵ Bozkurt, *Alman-İngiliz Belgelerinin ve Siyasi Gelişmelerin Işığında Gayrimüslim Osmanlı Vatandaşlarının Hukuki Durumu*, 1996 s.154.

¹¹⁶ Akgündüz, s.152.

¹¹⁷ Bozkurt, *Alman-İngiliz Belgelerinin ve Siyasi Gelişmelerin Işığında Gayrimüslim Osmanlı Vatandaşlarının Hukuki Durumu*, 1996s.156.

¹¹⁸ Heyd, U. (1973), *Studies in Old Ottoman Criminal Law*, Oxford, Edited by V. L. Ménage, Clarendon Press. Islahi, A. A.(2000), *Islamic Law Concept and Codification*, English Rendering S.A. Rauf, Lahore, Islamic Publication Ltd

¹¹⁹ Karataş, Ali İhsan. "Osmanlı Devleti'nde Gayrimüslimlere Tanınan Din ve Vicdan Hürriyeti", *Uludağ Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, C. 15, S. 1, 2006, s.268.

tutulurlardı. Önceleri verilen arpalık veya ocaklık ile geçimlerini sağlayan tercümanlara Tanzimat'tan sonra Maliye hazinesinden maaş bağlanmıştı.¹²⁰

G. Eğitim

Cemaatler kendilerine tanınan ayrıcalıklara uygun olarak kendi dinî kuruluşları, hastaneleri ve darülacezelerinin yanında okullarını da kurarak eğitim öğretim faaliyetlerini dinî kuruluşlarına bağlı bir şekilde kendi dilleriyle ve devletin denetimi dışında sürdürmüşlerdi. Cemaatler Tanzimat'tan önce ve sonra açtıkları okullarda eğitimlerini serbestçe yaptılar.¹²¹

1856 Islahat Fermanı'yla şartları uygun olan gayrimüslimlere askerî okullar da dâhil olmak üzere bütün okullara girebilme hakkı tanındı. Bu fermanla her cemaatin kendi kültür ve diline uygun okul açabileceği ama tüm okulların ders programları ile öğretmenlerinin Meclis-i Maarif'in denetiminde tutulacağı belirtilmişti. Bu fermanın sonrasından sonra gayrimüslimler çok sayıda okul açtılar. Resmî devlet okullarına girmede ise tereddüt ettiler. 3 Temmuz 1910'da çıkarılan bir kanun ile bir İslam devletinde ilk defa, gayrimüslimler tarafından inşa edilecek kiliselerle okullar için para yardımı taahhüdünde bulunulmuştur.¹²²

Patrikhane; Adliye ile Mezahip Nezareti'ne ve ayrıca yazdığı bir başka taktirle cemaat idadilerinden mezun olanların, devlet okullarından mezun olanlarla aynı şartlarda diğer okullara sınavsız kabul edilmelerini de istedi.¹²³Fakat bu konuya dair hazırlanan layiha, yapılan itirazlardan dolayı 4 yıl boyunca Meclis'te bekletildikten sonra Hükûmet tarafından özel okullarla ilgili bölümü metinden çıkararak 1328 (1912) yılında yeniden Meclis-i Mebusan'ın Maarif Encümeni'ne sunuldu. Ancak Balkanlar'da başlayan savaş nedeniyle Meclis dağıtılınca layihanın görüşülmesi de mümkün olamadı. Aradan bir yıl geçtikten sonra 23 Eylül 1329 (1913) tarihinde muvakkat kanun şeklinde çıkarıldı: "Tedrisat-ı İptidaiye Kanun-u Muvakkati". Mezkûr Kanun'un 92., 93. ve 95. maddeleriyle öğretmenlerin seçimi, tayini, şahadetnamesi ve ehliyetnameleriyle ilgili bazı kayıtlar kondu. Bu yasanın 20. maddesine göre özel okulların devletleştirilmesi, 91. maddesine göre denetim için müfettişlikler kurulması, 92. maddesine göre bu okulların hepsinin denetime tabi olması kabul edilmişti. Özel okulların durumu ise 1915 yılında çıkarılan bir Yönetmelik'le düzenlenerek Hükûmetin denetimine tabi olması kabul edildi. Mekatib-i Hususiye Talimatnamesi'ne göre cemaatler sadece kendi mahalle ya da köylerinde okul açabilecekler, Türkçe dışında bir lisanla eğitim yapan okullarda Türkçe, Türk Tarihi ve Coğrafyası gibi dersler Türk öğretmenler tarafından Türkçe olarak okutulacak ve bu okulların tamamı devlet denetimine tabi olacaktı. Cemaat reisleri ile ilgili memurlar, bu okullara dair her türlü resmî bilgi ve belgeyi yetkililerin talep etmesi üzerine vereceklerdi.¹²⁴

¹²⁰ Orhonlu, Cengiz. "Osmanlı Devleti'nde Tercümanlık", *Atatürk Konferansları*, V, TTK, Ankara, 1991, s. 177.

¹²¹ Eren, A. C. "Tanzimat", *İA (MEB)*, XI, s. 711

¹²² Bozkurt, *Alman-İngiliz Belgelerinin ve Siyasi Gelişmelerin Işığı Altında Gayrimüslim Osmanlı Vatandaşlarının Hukuki Durumu*, 1996, s.156.

¹²³ Aşkın Koyuncu, *Tanzimat Dönemi Eğitim Reformları Işığında Çanakkale'de Gayrimüslim ve Ecnebi Mektepleri, Çanakkale Araştırmaları Türk Yılığ* Yıl: 11, Güz 2013, Sayı: 15, ss.83

¹²⁴Bozkurt, *Alman-İngiliz Belgelerinin ve Siyasi Gelişmelerin Işığı Altında Gayrimüslim Osmanlı Vatandaşlarının Hukuki Durumu*,1996. s.169.

Böylece devlet ilk defa cemaat okullarında denetim yapma imkânına kavuşmuş oldu. Fakat Sevr Anlaşması'yla bu talimatname yürürlükten kaldırıldı. Rum okullarına dair sorun ise Lozan Anlaşması ile çözüldü.¹²⁵

SONUÇ

Farklı dinlere inanan çok uluslu bir mozaik görünümündeki Osmanlı Devleti'nde ağırlıklı olarak İslam hukuku uygulanırken kendi din, mezhep ve inanç değerlerini sürdüren gayrimüslim tebaa ise ayrı bir hukuki statüye tabi idiler. Ancak 1789'dan sonra Avrupa'da yayılan milliyetçilik akımından etkilenen gayrimüslim tebaanın devlete bağlılığını sağlamak amacıyla II. Mahmut bütün Osmanlı tebaasının aralarında fark olmaksızın eşit olduğunu söylemiş ve bazı haklar da vermiştir.

Tanzimat Döneminden itibaren ise bu konuya dair reformlar yapılmıştır. Bunların ilki olan ve 1839 yılında ilan edilen Gülhane Hatt-ı Hümayunu'yla can, ırz ve mal güvenliği ile vergi ve askerliğe dair işlerde düzenlemeler yapılmış ve bütün bu haklar istisna olmaksızın tüm Osmanlı tebaasına tanınmıştır. Ferman'da Müslümanlar gibi gayrimüslimlerin de Osmanlı olduğu, bu haklardan eşit şekilde yararlanacağı tartışmaya mahal vermeyecek kadar açık ifade edilmiştir. Yine bu fermanla ilk kez Padişahın yetkileri de sınırlanmıştır.

Tanzimat Döneminde ilan edilen diğer bir önemli belge 1856 tarihli Islahat Fermanı'dır. Bu ferman, tüm Osmanlı tebaasına hitap eden birkaç madde haricinde genel olarak zimmilerin hukuki statüleriyle dinî ve toplumsal yaşamlarına dair düzenlemeler içermektedir. Islahat Fermanı'yla yasalar karşısında tüm Osmanlı tebaası için eşitlik sağlanması hedeflenmiştir. Islahat Fermanı, zimmilere ve dönemin büyük devletlerine tanınan hak ve imtiyazlardan dolayı hukuki birliği sarsıcı ve yıkıcı haklar içermektedir. Daha da ötesi dış mihrakların Osmanlı'nın iç işlerine müdahalesine yol açarak devletin birlik, bütünlük ve bağımsızlığı için tehlike arz eden hükümler ihtiva etmektedir.

1876'da ilan edilen Kanun-ı Esasi ile tebaadan vatandaşlığa geçiş söz konusu olmuştur. Artık Osmanlı vatandaşlığı Müslüman-gayrimüslim olmaktan daha önemli bir durumdur. Kanun-ı Esasi'de bütün Osmanlıların dinî ve mezheplere dair durumlar haricinde hak ve görevler bakımından kanunlar önünde eşit oldukları açıkça vurgulanmış; vergi, tüm Osmanlılardan din ve mezhep farkı gözetilmeden aynı isim altında alınır, hükmüne yer verilmiştir. Ayrıca memur olarak devlet hizmetinde bulunmak isteyen herkesin Türkçe bilmeleri koşuluyla ehliyet ve kabiliyetlerine uygun olarak kabul edilecekleri bildirilmektedir. Yine ilk Meclis-i Mebusan'daki milletvekillerinin 67'si Müslüman iken, 48'i de gayrimüslimdir. Rusya, 1877'de Osmanlı Devleti'ndeki gayrimüslimleri koruma bahanesiyle savaş açtığına zimmi milletvekillerinin Meclis'te yaptıkları konuşmalar Müslümanlarla gayrimüslimler arasında eşitlik sağlanarak bir Osmanlı milleti oluşturma çabalarının kısmen de olsa başarılı olduğunun göstergesi sayılabilir.

Sonuç itibarıyla, Osmanlı Devleti'nde gayrimüslimlerin hukuki durumu daima dış güçlerin baskı unsuru olarak kullanılmıştır. Osmanlı Devleti de çareyi gayrimüslimlerin özgürlüklerini artırmada aramış; ancak bu durum hem Müslüman tebaa aleyhine bir eşitsizlik oluşturmuş, hem

¹²⁵ Mehmet Ö. Alkan, Tanzimat'tan Cumhuriyet'e Modernleşme Sürecinde Eğitim İstatistikleri, 1839-1924, DİE, Ankara 2000, s. 1-3.

de gayrimüslimler tatmin edilememiştir. Netice olarak, gayrimüslimlere her türlü hak ve özgürlük tanınmasına rağmen, Osmanlı Devleti parçalanmaktan kurtulamamıştır.

KAYNAKÇA

A.D. Novıçev, 1839 Gülhane Hatt-ı Hümayunu Ve Dış Politikadaki Boyutları, Çev: Darhan Hıdıralı. İlmî Araştırmaları, 5, İstanbul, 1997. s. 281-289

Abadan, Yavuz. “Tanzimat Fermanı’nın Tahlili”, *Tanzimat Değişim Sürecinde Osmanlı İmparatorluğu*, Bkz: Ed.Halil İnalçık, Mehmet Seyitdanlıoğlu, 6. Basım, Ankara, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 2017.

Akgündüz, Ahmed. *Osmanlı Devleti’nde Gayrimüslimlerin Yönetimi Pax Ottoman*, , Timaş Yayınları, İstanbul, 2008.

Akyıldız, Ali, Tanzimat Dönemi Osmanlı Merkez Teşkilâtında Reform, (1839-1856), Eren Yayınları, İstanbul 1993.

Alkan, Mehmet Ö., Tanzimat’tan Cumhuriyet’e Modernleşme Sürecinde Eğitim İstatistikleri, 1839-1924, Die, Ankara 2000.

Altınay Ahmed Refik, “Türkiye’de Islahat Fermanı”, Ttem, XIV/4 (1340), ss. 193-215.

Aytekin, E. Attila. “Hukuk, Tarih Ve Tarih Yazımı: 1858 Osmanlı Arazi Kanunnamesi ’Ne Yönelik Yaklaşımlar”, *Türkiye Araştırmaları Literatür Dergisi*, c. 3, sy. 5, 2005, s. 726.

Barkan, Ömer Lütfi. “Türk Toprak Hukuku Tarihinde Tanzimat Ve 1274 (1858) Tarihli Arazi Kanunnamesi”, *Türkiye’de Toprak Meselesi*, Gözlem Yayınları, İstanbul, 1980.

Beydilli, Kemal, “1839 Tanzimat Ve 1856 Islahat Fermanları Hakkında”, 150. Yılında Tanzimat, İstanbul 1990, ss.21-28.

Bozkurt, Gülnihal, “İslam Hukukunda Müs’temen’ler,” Prof. Dr. Fadıl Hakkı Sur’un Anısına Armağan, Ankara, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, 1983.

Bozkurt, Gülnihal. “İslâm Hukukunda Zimmilerin Hukukî Statüleri”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, c. 3, sy. 1-4, 1987, s. 115-155.

Bozkurt, Gülnihal. *Alman-İngiliz Belgelerinin Ve Siyasi Gelişmelerin Işığında Gayrimüslim Osmanlı Vatandaşlarının Hukuki Durumu*, Türk Tarih Kurumu Basımevi, Ankara, 1996.

Cin Halil / Akyılmaz Gül. *Türk Hukuk Tarihi*, Sayram Yayınları, Konya, 2003.

Davison, Roderic H. “Tanzimat Döneminde Osmanlı Diplomasisinin Modernizasyonu”, *Otam*, Çev. Dr. Durdu Mehmet Burak, S. 11, Ankara, 2000.

Davison, Roderic H. *Osmanlı İmparatorluğu’nda Reform I*, Çevirmen Osman Akınhay, Papirüs Yayınları, İstanbul, 1997.

Durhan, İbrahim. “Tanzimat Döneminde Osmanlı Yargı Teşkilâtındaki Gelişmeler”, *Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, c. 12, sy. 3-4, s. 55-111.

Ekinc, Ekrem Buğra, Osmanlı Devleti’nde Mahkemeler Ve Kadılık Müessesesi Literatürü, 2005, Cilt, Sayı 5, 417-439

Engelhardt, E. P. *Tanzimat ve Türkiye*, Çeviren Ali Reşad, 2. Baskı, Kanküs Yayınları, İstanbul, 2017.

Ercan, Yavuz. *Osmanlı Yönetiminde Gayrimüslimler Kuruluştan Tanzimat’a Kadar Sosyal, Ekonomik, Ve Hukuki Durumları*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2001.

Eren A. C. “Tanzimat”, İA (Meb), XI.

- Eryılmaz, Bilal. *Osmanlı Devleti'nde Millet Sistemi*, Ağaç Yayıncılık, İstanbul, 1992.
- Eryiğit, Burak Hamza, Cansu Kalafat, Osmanlı Devleti'nde 1840 – 1858 Yılları Arasında Taşra Yönetimini Düzenleyen Nizamnameler Üzerine Bir Değerlendirme, *Strategic Public Management Journal*, Volume 5, Issue 10, Dec 2019, Ss.54-62.
- Gözler, Kemal. *Türk Anayasa Hukuku*, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa, 2000.
- Gülsoy, Utku. *Osmanlı Döneminde Gayri Müslimlerinin Askerlik Serüveni*, 1. Baskı, Simurg Yayınları, İstanbul, 2000.
- Güneş, Ahmet. “İslam Hukukunda Gayrimüslimlerin Vatandaşlık Statüleri”, *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, S. 11, 2008.
- Güneş, Gülcan Avşin. “Osmanlı Devleti'nin Gayrimüslimlere Bakışı Ve Klasik Dönem Millet Sistemi”, *Sosyal Ve Kültürel Araştırmalar Dergisi*, c. I, sy. 2, 2015.
- Hammer, J. Von. *Büyük Osmanlı Tarihi*, Kamer Yayınları, Çeviren Mustafa Keskinpınar, Gece Kitaplığı Yayınevi.
- Heyd, U. (1973), *Studies in Old Ottoman Criminal Law*, Oxford, Edited By V. L. Ménage, Clarendon Press.
- Kapıcı, Özhan, Slav Birliğinden Balkan Birliğine: 1866-1868 Birinci Balkan İttifakı Ve Rus Dış Politikasında Balkanlar Çıkmazı, *Güney-Doğu Avrupa Araştırmaları Dergisi* Yıl: 2015-2 Sayı: 28 ss. 77-119.
- Karataş, Ali İhsan, “Osmanlı Devleti'nde Gayrimüslimlere Tanınan Din ve Vicdan Hürriyeti”, *Uludağ Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, 15/1, 2006, ss. 268-283.
- Karataş, Ali İhsan. “Osmanlı Devleti'nde Gayrimüslimlere Tanınan Din ve Vicdan Hürriyeti”, *Uludağ Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, C. 15, S. 1, 2006.
- Karpat, Kemal, “Balkan Müslümanlarının Medeni Hakları”, *Balkanlar'da Osmanlı Mirası ve Ulusçuluk*, Çev. Recep Boztemur, İmge, Ankara 2004, s. 283-314.
- Kenanoğlu, Mustafa Macit .19. Yüzyıl Osmanlı Hukuk Sisteminde Gayrimüslim Cemaatlere Tanınan Adli Yetkiler ve Bakmaya Yetkili Oldukları Davalar, *Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları*, Sayı 5, 2008 (Bahar), 7-44
- Kenanoğlu, Mustafa Macit. *Osmanlı Millet Sistemi Mit Ve Gerçek*, Klasik Yayıncılık, İstanbul, 2004.
- Kılınç, Ahmet. “İdam Cezasının Tanzimat Dönemi Osmanlı Hukukundaki Görünümüne İlişkin Birkaç Kaynak Ve Bu Kaynakların Tarihi”, *Türk Hukuku Tarihi Araştırmaları*, sy. 11, 2011.
- Kiraz, Ersel, Osmanlı Devleti'nde Modern Dönüşüm Evrelerinin Kamu Üzerindeki Etkileri, *Arhuss*, (2018), 1(1): S.1-16
- Koyuncu, Aşkın Tanzimat Dönemi Eğitim Reformları Işığında Çanakkale'de Gayrimüslim Ve Ecnebi Mektepleri, *Çanakkale Araştırmaları Türk Yıllığı* Yıl: 11, Güz 2013, Sayı: 15, ss. 77-127.
- Koyuncu, Nuran - Yasin Yılmaz, “Osmanlı'nın Son Yüzylında Hukuk Düşüncesinin Dönüşümü ve Dönemin Başlıca Tartışma Konuları”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, c. 26, sy. 2, 2018. s. 101.
- Orhonlu, Cengiz. “Osmanlı Devleti'nde Tercümanlık”, *Atatürk Konferansları*, V, Ttk, Ankara, 1991.
- Ortaylı, İlber. “Osmanlı İmparatorluğu'nda Millet Sistemi”, *Türkler*, Cilt 10, Yeni Türkiye Yayınları, Ankara, 2002.
- Özcan, Azmi – Ş. Tufan Buzpınar, “Church Missionary Society İstanbul'da: Tanzimat, Islahat Ve Misyonerlik 1858-1880”, *İstanbul Araştırmaları*, I, İstanbul 1972, s. 63-77.

Palmer, Alan. *Bir Çöküşün Yeni Tarihi Osmanlı İmparatorluğu'nun Son 300 Yılı*, Çeviren: Belkıs Dişbudak Çorakçı, Turkuvaz Yayınevi, İstanbul, 1995.

Slahi, A. A.(2000), *Islamic Law Concept And Codification*, English Rendering S.A. Rauf, Lahor, Islamic Publication Ltd.

Surüri, Nazif, Şerh-i Kanun-ı Tabiiyet, Çev: Harun Karakaya, Abdullah Vefa Karataş Ve Diğerleri, Editör: Ahmet Kılınç. Adalet Bakanlığı Yayınları,7, Seri:5, Ankara, 2021. s. 55-92

Şimşek, Halil. “İttihat Ve Terakki Yönetimi ve Gayrimüslim Cemaatler”, *Çanakkale Araştırmaları Türk Yıllığı*, S. 16, Yıl 12, Bahar 2014.

Tunç, Hasan. *Türk Anayasa Hukuku*, Ders Kitabı, Gazi Kitap Evi, Ankara, 2018.

Üçok, Coşkun/ Mumcu, Ahmet/ Bozkurt, Gülnihal. *Türk Hukuk Tarihi*, Savaş Yayınevi, Ankara, 2002.

Yurtseven, Yılmaz, İslam Hukuku ve Klasik Dönem Osmanlı Uygulamasında Zimmîlerin Hukuki Statüsü. Selçuk Üniversitesi Hukuk Dergisi, Yıl 2000, Cilt 8, Sayı 1-2. ss.439-469.

Sinema Eserleri

Banu Bilge SARIHAN 

Dr. Öğr. Üyesi, Necmettin Erbakan Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı.,
bbsarihan@yahoo.com, (Sorumlu Yazar / Corresponding Author)

| Makale Bilgileri | ÖZ |
|--|--|
| <p>Makale Geçmişi Geliş: 31.01.2022 Kabul: 09.03.2022 Yayın: 11.03.2022</p> <p>Anahtar Kelimeler: Sinematografik çalışma, Sinema eserinin türleri, Sinema Eserlerinin Tescili, Hak sahipliği, Sinema eserlerinde hukuki koruma.</p> | <p>Fikri Mülkiyet Hukuku açısından, fikir ve sanat eserlerinin korunmasına ilişkin 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu, merkez kavram olarak “eser” kavramını benimsemiştir. Bu bağlamda eser, eserden doğan mali ve manevi hakların kaynağını teşkil etmektedir. Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu m.1/B uyarınca eser, sahibinin hususiyetini taşımakta olan ilim-edebiyat, musiki, güzel sanat ve sinema eserlerinden birine dahil her çeşit fikir ve sanat ürünü olarak hüküm altına alınmıştır. Yine aynı Kanun’da sinema eserinin tanımına da yer verilmiştir. Çalışmamızda öncelikle eser kavramı ve unsurları ele alınmıştır. Daha sonra sinema eserleri kavramı, sinema eserlerinin unsurları ve türleri, koruma koşulları, zorunlu tescil ve sinema eserlerinden doğan hak sahipliği, hakların korunması ayrıntılı bir şekilde değerlendirilmiştir. Bu kapsamda sinema eserleriyle ilgili hukuki düzenlemelere de metin içinde yer verilmiştir. Hukuki düzenlemelerin de somut olaya nasıl yansıtıldığına ilişkin değerlendirmeler yapılmış yargı kararları ve doktrin görüşlerine de yer vermeye çalışılmıştır.</p> |

Cinematographic Works

| Article Info | ABSTRACT |
|---|---|
| <p>Article History Received: 31.01.2022 Accepted: 09.03.2022 Published: 11.03.2022</p> <p>Keywords: Cinematographic works, Types of cinematographic work, Registration of cinematographic works, Right ownership, Legal protection of cinematographic works.</p> | <p>In terms of Intellectual Property Law, Law No. 5846 on Intellectual and Artistic Works regarding the protection of intellectual and artistic works has adopted the concept of “work” as the central concept. In this context, the work constitutes the source of the economical and moral rights arising from the work. According to Article 1/B of the Law on Intellectual and Artistic Works, a work is regulated as any kind of intellectual and artistic product, including one of the science-literature, music, art and cinematographic works that the characteristics of the owner. The aforementioned Law also includes the definition of a cinematographic work. In our study, first of all, the concept of the work and its elements are discussed. Afterwards, the concept of cinematographic works, the elements and types of cinematographic works, the conditions of protection, compulsory registration and right ownership arising from cinematographic works, protection of rights are evaluated in detail. In this context, legal arrangements related to cinematographic works are also included in the text. Evaluations have been made about how legal arrangements are also reflected in practice. Judicial decisions and doctrinal views are also included.</p> |

Atf/Citation: Sarihan, Banu Bilge. (2022). Sinema Eserleri, *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 5(1), s.92-121.

Plagiarism: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. // This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.



“This article is licensed under a [Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/). (CC BY-NC 4.0)”

GİRİŞ

Türk Hukukunda sinema eseri, FSEK. 5. madde uyarınca “*her nevi bedii, ilmi, öğretici veya teknik mahiyette olan veya günlük olayları tespit eden filmler veya sinema filmleri gibi, tespit edildiği materyale bakılmaksızın, elektronik veya mekanik veya benzeri araçlarla gösterilebilen, sesli veya sessiz, birbiriyle ilişkili hareketli görüntüler dizisi*” şeklinde hüküm altına alınmıştır.

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu uyarınca sağlanmış olan himaye, eserin tespit edildiği materyalden bağımsız olup hareketli görüntünün tespitinde hangi kayıt tekniğinin kullanıldığına, hareketli görüntü dizisinin içeriğine ve hangi formatta çekildiğine bakılmayacaktır. Korumanın sağlanmasının şartı olarak hareketli görüntü dizisinin varlığı ve sahibinin hususiyetini taşıması önem arz etmektedir. Sinema eserlerinde ifade aracı hareketli görüntüler (resimler) dir. Tek tek resimlerde bir hareket ve canlılık niteliği yoktur. Kanun koyucu, sinema eserlerinin bu niteliği nedeniyle bunları ayrı bir kategori olarak düzenlemiştir.

Sınırlı sayı ilkesi uyarınca Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’nda eserler dört grup halinde belirtilmiştir. Eser grupları sayılmış olan gruplarla sınırlı olmasına karşın bunların altında yer alan eser çeşitleri örnek kabilinden belirtilmiştir. Bu bağlamda kanundaki unsurları taşıyan yaratımların tamamı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu kapsamında sinema eseri vasfına haiz olacak ve hukuki korumadan yararlanacaktır. FSEK. 5. maddesi uyarınca sinema eserlerinin türleri “*her nevi bedii, ilmi, öğretici veya teknik mahiyette olan veya günlük olayları tespit eden filmler veya sinema filmleri*” şeklinde örneklendirilmiştir.

Çalışmamızda öncelikle eser kavramı ve unsurları ele alınmıştır. Akabinde sinema eseri kavramı üzerinde durulmuş ve sinema eserlerinin hukuki durumuna uluslararası düzenlemeler ve iç hukuk penceresinden bakılmıştır. Devamında sinema eserlerinin unsurları başlığı altında yapısal ve teknik unsurlar üzerinde durulmuştur. Özellikle yapısal unsurlar bağlamında senaryo-diyalog, özgün müzik, yönetim, yapım, icracı sanatçılar kavramları açıklığa kavuşturulmaya çalışılmıştır. Sinema eserlerinin türleri meselesi de ele alınarak sinema eseri vasfı tartışmalı olan türler bakımından da değerlendirme yapılmıştır. Bir sinema eserinin korunması için gerekli olan unsurların neler olduğu da belirtilmiştir. FSEK. m.13 bağlamında zorunlu tescil konusuna da işaret edildikten sonra sinema eserinde kimlerin hak sahibi veya bağlantılı hak sahibi olacağı üzerinde durulmuştur. Ayrıca sinema eserlerinden doğan manevi ve mali haklar konusunda da açıklamalar yapılmıştır. Son olarak da bu hakların nasıl korunacağına yönelik değerlendirmeler de bulunulmuştur. Tüm bu kapsamda ilgili olduğu ölçüde her başlıkta doktrin görüşlerinden de yararlanılarak tartışmalı noktalardaki belirsizlikler giderilmeye çalışılmıştır.

I. GENEL OLARAK ESER KAVRAMI VE UNSURLARI

A. Genel Olarak Eser Kavramı

“*Sinema eserleri*” konusunda öncelikle eser kavramının değerlendirilmesi gerekir. Bu doğrultuda eser kavramı sözcük anlamı itibariyle TDK.’da “*Emek sonucu ortaya konan ürün, yapıt*” şeklinde tanımlanmıştır¹.

¹ TDK., Güncel Türkçe Sözlük.

Hukuk düzeni açısından her fikir ürünü hukuki koruma altına alınmamıştır. Bu doğrultuda insanın sınırsız üretme kabiliyeti de göz önünde bulundurulduğu takdirde her ürünün korunması mümkün olmamakla beraber gerekli bir nitelik de teşkil etmemektedir. Nitekim getirilecek olan kısıtlamaların üçüncü kişilerin de özgürlüğünü kısıtlayacak olması göz önünde bulundurulduğunda hangi şartlar altında koruma sağlanacağı hususunda bir hukuk politikası geliştirilmesi zaruri bir hale gelmiştir.²

B. Eser Kavramının Unsurları

Önceki Borçlar Kanunu'nda *“istisna sözleşmeleri”* olarak adlandırılmış olan *“eser sözleşmesi”*, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda düzenleme alanı bulmuştur. TBK. m.470 uyarınca eser sözleşmesi, *“yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi, iş sahibinin de bunun karşılığında bir bedel ödemeyi üstlendiği sözleşme”* şeklinde tanımlanmıştır. Eser hususunda *“maddi eser”* kavramı esas alındığı takdirde yüklenicinin iş görmesi neticesinde ortaya konulan ve iş sahibine teslim ile mükellef olduğu sonuç olarak tanımlanabilecektir. Bu sebepten mütevellit eser sözleşmesi anlamındaki *“eser”* ile fikir ve sanat hukuku anlamındaki *“eser”* birbirinden ayrılmaktadır³.

Fikri Mülkiyet Hukuku açısından, fikir ve sanat eserlerinin korunmasına ilişkin 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu, merkez kavram olarak *“eser”* kavramını benimsemiştir. Bu bağlamda eser, eserden doğan mali ve manevi hakların kaynağını teşkil etmektedir. FSEK. m.1/B uyarınca *eser*, sahibinin hususiyetini taşımakta olan ilim-edebiyat, musiki, güzel sanat ve sinema eserlerinden birine dahil her çeşit fikir ve sanat ürünü olarak hüküm altına alınmıştır. Ayrıca müstakil eser sahibinin haklarına zarar verilmemesi suretiyle oluşturulup sahibinin hususiyetini taşıyan işlemler ve derlemeler eser olarak kabul edilmektedir⁴.

5846 sayılı yasanın 1/B maddesinin a bendinde eser şu şekilde tanımlanmaktadır:

“Sahibinin hususiyetini taşıyan ve ilim ve edebiyat, musiki, güzel sanatlar veya sinema eserleri olarak sayılan her nevi fikir ve sanat mahsulleridir.”

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun işleme ile ilgili 6. maddesine yapılmış olan eklemede 1/B maddesine benzer bir hüküm bulunmaktadır. Bu hüküm uyarınca;

“İstifade edilen eserin sahibinin haklarına zarar getirmemek şartıyla oluşturulan ve işleyen hususiyetini taşıyan işlemler, bu kanuna göre eser sayılır.”

Yasanın lafzından hareketle, bir fikri çabanın eser olarak nitelendirme ve bu nitelendirme neticesinde hukuki çerçevede koruma sağlanabilmesi açısından objektif ve subjektif iki unsurun bir arada bulunması gerektiği neticesi ortaya çıkmaktadır⁵.

1. Subjektif Unsur

Eserin unsurlarından subjektif unsur, eser sahibinin hususiyetini taşımasını ifade etmektedir. Subjektif unsur, eser sahibinin fikri çabası ve yaratma yeteneğine ilişkindir. Bu

² Suluk, Cahit/Karasu, Rauf/Nal, Temel. *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 4. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2020, s.40.

³ Gümüş, Mustafa Alper. *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 2.Baskı, İstanbul, 2017, s. 315-318.

⁴ Suluk/Karasu/Nal, s.40.

⁵ Kılıçoğlu, Ahmet M. *Sinai Haklarla Karşılaştırmalı Fikri Haklar*, 6.Baskı, Ankara, 2020, s. 111-113.

doğrultuda eserin, sahibinin kişiliğini ve bireyselliğini veya yaratıcı katkısını sağlaması gerekmektedir. Eser ancak gerçek kişiler tarafından yaratılabilir. Bu doğrultuda, tüzel kişilerin eser yaratmaları ve ortaya konulacak olan fikri çaba neticesinde eser sahibi olmalı mümkün değildir. Nitekim, insanın eserini yaratması sürecinde çeşitli yardımcı araçlardan yararlanmış olması, eser niteliğini ortadan kaldırmamaktadır.

Fikri ve Sanat Eserleri Kanunu, fikri çabaların hak olarak korunabilmesi bağlamında “*mutlak yenilik*” unsurunun bulunması hususunu zorunlu tutmuştur. Mevcut olan eserlerden yararlanmak suretiyle ortaya konulmuş olan fikri çabalar da “*yeni*” kabul edilir ve eser olarak korunurlar.

Ancak yapılmış olan yararlanmanın FSEK. m.35. maddesi uyarınca belirtilmiş olan “*iktibas serbestisi*” çerçevesinde sınırlı olmalıdır⁶.

2. Objektif Unsur

Eserin unsurlarından objektif unsur, “*yasada öngörülen eser gruplarında yer alma*”yı ifade etmektedir. 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu, sınırlı sayı ilkesini (numerus clauses) benimsemek suretiyle dört eser grubu öngörmüştür. İlgili kanun uyarınca fikri çaba sonucu yaratılmış olan ürün, bu dört eser grubundan birisi çerçevesinde değerlendirilmediği takdirde eser sayılmayacak ve fikri haklara ilişkin korumadan yararlanamayacaktır. Aynı ilke işlemler ve derlemeler hususunda da söz konusu olacaktır. Bu bağlamda, FSEK. 6. maddesi uyarınca asıl esere bağlı ve asıl eserden yararlanılarak ortaya konulan işleme ve derlemeleri de sınırlı bir şekilde saymıştır⁷.

Nal/Suluk ise Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu bağlamında ilişkin maddede sınırlı sayı (numerus clauses) ilkesi benimsenmek suretiyle eser gruplarının sayılmasını şekil şartı olarak kabul etmiş, objektif unsuru “*objektif olarak algılanabilme*” şeklinde tanımlamıştır. Bu bağlamda eserin doğrudan veyahut dolaylı yoldan algılanabilmesi gerekli ve yeterli sayılmıştır. Objektif şart bir eserin korunabilmesi için bir eşya üzerinde somutlaşması şeklinde anlaşılması gerekmekte olup üçüncü kişilerin algılayabileceği nitelikte olması aranmaktadır⁸.

3. Alenileşme ve Yayınlanmış Olma Unsuru

Öğretide savunulmuş olan bir görüş uyarınca, eserin fikir ve sanat hukuku kapsamında korunabilmesinin şartı olarak eserin kamuya sunulmuş olması, yani eser sahibinin mahremiyetinden çıkmak suretiyle üçüncü kişiler tarafından erişilebilir bir konuma gelmesinin eserin unsurlarından biri olduğu savunulmaktadır. Bu görüşe göre, kamuya sunulmamış olan bir eser, ancak sahibinin kişilik alanında bir hukukî varlık ve değerini ifade ettiği ve fikir ve sanat hukuku alanında himaye görmeyeceği savunulmaktadır. Bu bağlamda, alenileşmemiş ve yayımlanmamış bir eseri ancak kişiliğin korunmasına dair hükümler çerçevesinde korumak mümkün olur. Çünkü alenileşmemiş bir eser, bu haliyle eser olarak değerlendirilmeyip ancak kişinin mahremiyeti kapsamında anlam ifade eden bir varlık olarak kabul görmektedir. Üçüncü

⁶ Kılıçoğlu, s.113-122.

⁷ Kılıçoğlu, s.122.

⁸ Suluk/Karasu/Nal, s.45-46.

kişiler bakımından eser sayılabilmesi için eserin mutlak surette kamuya sunulması gerekli olduğu belirtilmektedir.⁹

II. SİNEMA ESERLERİ KAVRAMI VE BUNA İLİŞKİN HUKUKİ DÜZENLEMELER

A. Sinema Eserleri Kavramı

Sinema kavramı, sözlük anlamı itibarıyla “Güzel sanatların dalı olarak yansıtılmaya uygun olan filmleri gerçekleştirme ve yaratma sanatı, beyaz perde, yedinci sanat, herhangi bir hareketi düzenli aralıklarla parçalara bölerek bunların resimlerini belirleme ve sonra bunları gösterici yardımıyla karanlık bir yerde, bir ekran veya perde üzerinde yansıtarak hareketi yeniden oluşturma işi” şeklinde tanımlanmıştır¹⁰.

Hukuk düzeni ekseninde yapılacak değerlendirme doğrultusunda sinema eserleri, 2 Ekim 1992 tarihli “Sinematografik Ortak Yapım Üzerine Avrupa Sözleşmesi”¹¹ kapsamında, Sözleşme’nin üçüncü maddesine göre “Sinematografik Çalışma” teriminin; “Sinemalarda gösterilmek üzere tasarlanmış ve her bir Tarafın yürürlükteki film endüstrisini düzenleyen şartlarına uyan özellikle film (fiction), çizgi film ve belgesellerin sinematografik çalışmaları, orta veya herhangi bir uzunluktaki bir çalışma anlamında” kullanılacağı belirtilmiştir. Türkiye’nin de taraf olduğu Bern Sözleşmesi’ne¹² göre ise “sinema eseri” sözleşmenin ikinci maddesi uyarınca; “Sinema tekniğine benzer bir yöntemle elde edilen sinematografik eserler” olarak ifade edilmiş olmakla beraber sinema eserinin konusu, içeriği, şekli veyahut amacına ilişkin herhangi bir ölçüte yer verilmemiştir¹³.

Türk Hukukunda sinema eseri, FSEK. 5. madde uyarınca “her nevi bedii, ilmi, öğretici veya teknik mahiyette olan veya günlük olayları tespit eden filmler veya sinema filmleri gibi, tespit edildiği materyale bakılmaksızın, elektronik veya mekanik veya benzeri araçlarla gösterilebilen, sesli veya sessiz, birbiriyle ilişkili hareketli görüntüler dizisi” şeklinde hüküm altına alınmıştır.

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu uyarınca sağlanmış olan himaye, eserin tespit edildiği materyalden bağımsız olup hareketli görüntünün tespitinde hangi kayıt tekniğinin kullanıldığına, hareketli görüntü dizisinin içeriğine ve hangi formatta çekildiğine bakılmayacaktır. Korumanın

⁹ Ateş, Mustafa. “Fikir ve Sanat Eserlerinin Kamuya Sunulması: Alenileşmemiş ve Yayınlanmamış Eserler Fikri Hukuka Göre Korunamaz mı?”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, S.23, C.3, 2006, s. 227-229.

¹⁰ TDK, Güncel Türkçe Sözlük..

¹¹ “Sinematografik Ortak Yapım Üzerine Avrupa Sözleşmesi”, 14.4.2004 tarihli 25433 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmış olan “Sinematografik Ortak Yapım Avrupa Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun” ile onaylanmıştır. bkz. https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc088/kanuntbmmc088/kanuntbmmc08805115.pdf. Erişim Tarihi: 05.11.2020.

¹² Türkiye öncelikle 1 Ocak 1952 tarihinde Bern Sözleşmesi’nin 1948 yılında tadil edilmiş olan metnine katılmış, 07.07.1995 tarih ve 4117 sayılı “Edebiyat ve Sanat Eserlerinin Korunmasına İlişkin Bern Sözleşmesinde Değişiklik Yapan ve 1979’da Tadil Edilen Paris Metnine Katılmamızın Onaylanmasının Uygun Bulunduğu Hakkında Kanun” ile de Bern Sözleşmesi’nin en son haline taraf olmuştur. 2341 sayılı 12/07/1995 tarihli Resmi Gazetede yayımlanmıştır. bkz. <https://www.telifhaklari.gov.tr/Edebiyat-Ve-Sanat-Eserlerinin-Korunmasına-Iliskin-Bern-Sozlesmesi> Erişim Tarihi: 05.11.2020. Daha fazlası için: Hırş, Ernst. “Bern Sözleşmesi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S.7, C.1, 1950, DergiPark, <https://dergipark.org.tr/tr/pub/auhfd/issue/42974/520289>, Erişim Tarihi: 05.11.2020.

¹³ Bulut, Beste. *Sinema Eserlerinde Hak Sahipliği*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2020, s.31-32.

sağlanmasının şartı olarak hareketli görüntü dizisinin varlığı ve sahibinin hususiyetini taşıması önem arz etmektedir.¹⁴ Sinema eserlerinde ifade aracı hareketli görüntüler (resimler) dir. Tek tek resimlerde bir hareket ve canlılık niteliği yoktur. Kanun koyucu, sinema eserlerinin bu niteliği nedeniyle bunları ayrı bir kategori olarak düzenlemiştir¹⁵.

Sinema eseri, sinema tekniğinin kullanılması vasıtası ile meydana getirilmiş olan ve hukuk düzenince hükmolunan eser sayılma şartlarına haiz fikir ve sanat ürünü olarak tanımlanabilir. Esas itibarıyla bakıldığında sinema, birleştiğinde anlamlı bir bütün ortaya koyacak olan ve film üzerine kaydedilmiş olan durağan görüntülerin projeksiyon veyahut başka bir araç yardımıyla yeterli bir hızda, görüntünün elde edilebileceği başka bir yere yansıtılması suretiyle hareketli bir görünüm elde edilmesi yöntemini ifade eder¹⁶.

B. Sinema Eserlerine İlişkin Hukuki Düzenlemeler

1. Sinema Eserleri Yönünden Hükümler İçeren ve Türkiye'nin Taraf Olduğu Uluslararası Sözleşmelerde

Bern Sözleşmesi, sinema eserlerini düzenleyen ilk uluslararası sözleşme olma özelliğine haizdir. Sözleşmenin en önemli özelliklerinden bir tanesi, üye devletler arasında bir birlik oluşturulmasını sağlamak amacıyla “*karşılıklılık ilkesi*”ni benimsemesidir. Sözleşme, 1886 yılında kabul edilmiş olup 1896 yılında Paris’te, 1908 yılında Berlin’de, 1914 yılında Bern’de, 1928 yılında Roma’da, 1948 yılında Brüksel’de, 1967 yılında Stockholm’de ve 1971 yılında Paris’te olmak üzere 8 kez değişikliğe uğramıştır. Sinema eserleri ise, 1908 Berlin değişikliği ile koruma kapsamına alınmıştır. Sinema eserlerinin sözleşme kapsamında ayrı bir eser türü olarak kabul edilmesi, 1948 tarihli Brüksel değişikliğiyle mümkün olabilmiş ve sözleşmenin 2. maddesi uyarınca “*Sinema tekniğine benzer bir yöntemle oluşturulmuş eserler de sinema eseri sayılırlar.*” şeklinde düzenlenmiştir. 1967 Stockholm değişikliği ile “*Sinema tekniğine benzer bir görsel efektle oluşturulan eserler de sinema eseri sayılırlar.*” şeklinde ifade edilmiştir. Türkiye, 1951 yılında Sözleşme’nin 1948 Brüksel metnine, 1995 yılında da 1979 Paris metnine katılmıştır¹⁷.

1961 yılında yürürlüğe giren Roma Sözleşmesi, bağlantılı hak sahiplerine ilişkin düzenleme içeren ilk sözleşme niteliğindedir. Sözleşme, sinema eserleri açısından bir yenilik getirmemekte olup, sinema eserleri üzerinde bağlantılı hak sahibi olan yapımcıların, sahip oldukları hakla getirmiş olduğu ilgili düzenlemeleri nedeniyle önem arz etmektedir. Türkiye, 7 Temmuz 1995 tarih ve 4116 sayılı Kanun ile Roma Sözleşmesi’ni kabul etmiştir¹⁸.

1996 yılında WIPO tarafından hazırlanan WCT ve WPPT, 2002 yılında yürürlüğe girmiştir. WCT, hareketli resimleri içeren görsel işitsel çalışmalar hakkında düzenlemeler getirmiş olup, sinema eserlerini de kapsar şekilde, dijital ortamda eserlerin izinsiz çoğaltılması konusunda koruma sağlamıştır ve dolaylı temsile ilişkin düzenlemeler içermektedir. Ayrıca, sinema eseri

¹⁴ Suluk/Karasu/Nal, s.68.

¹⁵ Suluk, Cahit/ Orhan, Ali. *Uygulamalı Fikri Mülkiyet Hukuku II : Genel Esaslar Fikir ve Sanat Eserleri*, 2. Cilt, İstanbul, 2005, s.225.

¹⁶ Bozbel, Savaş. *Fikri Mülkiyet Hukuku*. On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, Eylül, 2015, s.45.

¹⁷ Bulut, s. 38-39; bkz. Kılıçoğlu, s.30.

¹⁸ Bulut, s. 39-40; Kılıçoğlu s. 32.

sahibinin, eserinin orijinalini veya kopyalarını kamuya kiraya verme konusunda inhisari hak sahibi olduğunu hükme bağlamıştır. Türkiye WCT ve WPPT sözleşmelerine 2007’ de katılmıştır¹⁹.

1995 yılında yürürlüğe giren ve Türkiye’nin de 1995 yılında katıldığı TRİPS, Bern Sözleşmesi’nin getirdiği normları daha da geliştirmesi ve koruma standartlarını yükseltmesi yanında bir başka özelliği de sözleşmeye taraf bir ülkenin, diğer bir ülke vatandaşına sağladığı hakları, karşılıksız ve koşulsuz olarak tüm taraf ülke vatandaşlarına da uygulama yükümlülüğü altına girmesidir²⁰.

2. Türk Hukukunda

Türk Hukuk Sistemi nezdinde değerlendirildiğinde, 1952 yılında yürürlüğe giren Fikir ve Sanat Eserleri kanununa kadar kanuni olarak yapılmış bir sinema eseri tanımına rastlamak mümkün olmamıştır. 1952 tarihli Kanun uyarınca, fotoğraf kavramına ilişkin kabul ve diğer ilgili maddelerle kıyaslanarak, bir sinema eserinin hususiyet taşıyan bir fikir ürünü olmadığı ve telif hakkına konu olamayacağını ifade edilmiştir. Sinema eserleri, başta resim kompozisyonu olarak nitelendirilmiştir. Ancak sinema tekniği vasıtası ile tespit edilen diğer eserlere ilişkin hakları ancak o eserler üzerinden hukuki koruma yoluna gidilmiştir²¹.

Nitekim bu düzenlemeye yapılan çeşitli eleştiriler yapılmış olup eleştiriler göz önünde bulundurularak, yürürlükteki 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu ile, eser sıfatına haiz olacak şekilde sinema eserlerine yer verilmiştir. Kanunda 2001 yılında getirilen yeni hükümde sinema eserinin tanımı teknolojik gelişmelere ve uluslararası mevzuata uyum sağlayacak şekilde geliştirilip yeniden düzenlenmiştir²².

Sinema, video ve müzik eserleri alanında teknik alanda meydana gelen gelişmeler neticesinde ürünlerin haksız kullanımlarının gittikçe daha kolay hale gelmesi, mağduriyet durumuna sebebiyet vermiş olup bu eserlerin daha etkin ve özel olarak korunması amacıyla, 3257 sayılı “*Sinema, Video ve Müzik Eserleri Kanunu*” (SVMEK.) yürürlüğe konulmuştur. Ancak SVMEK. sinema eserleri ile ilgili olarak kabul gören temel ilkeleri ve uluslararası hukuk teamüllerine de aykırılık arz etmesi noktasında eleştirilmiş ve teknolojik gelişmelerin gerisinde kalmaya mahkûm bir kanun olarak nitelendirilmiştir. Eleştiriler göz önünde bulundurularak, 14.07.2004 tarihinde kabul edilen, 21.07.2004 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren 5224 sayılı “*Sinema Filmlerinin Değerlendirilmesi ve Sınıflandırılması ile Desteklenmesi Hakkında Kanun*” ile yürürlükten kaldırılmıştır²³.

III. SİNEMA ESERLERİNİN UNSURLARI

Sinema eserlerinin unsurları yapısal ve teknik unsurlar olarak iki başlık altında incelenmektedir. Nitekim unsurlar, sinema eserinin eser niteliğine haiz olması bakımından bir şart olmamakla beraber unsurlardan bir yahut birkaçının eksik olması, sinema eserinin eser mahiyetine sahip olmasına etkisi bulunmamaktadır.

¹⁹ Bulut, s. 40.

²⁰ Bulut, s. 40-41.

²¹ Kadıgil, Saliha Sera. *Sinema Eserleri ve Sinema Eserlerinde Hak Sahipleri (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi)*, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2010, s. 13-15.

²² Kadıgil, s. 17-18.

²³ Kadıgil, s. 19.

A. Yapısal Unsurlar

Sinema eserlerinin ana yapısını oluşturan yapısal unsurlarını, senaryo-diyaloglar, özgün müzik, yönetim ve yapım kavramları oluşturmaktadır.

1. Senaryo-Diyalog

Genel bir tanım yapılacak olursa sözlük anlamı itibariyle senaryo “*Tiyatro oyunu, piyes, film, dizi film vb. eserlerin sahnelerini ve akışını gösteren yazılı metin*” şeklinde tanımlanmıştır. Senaryo sözcüğü, bazı örneklerinde diyalogları da içeren, filmle ilgili teknik betimlemelere yer vermeyen veyahut çok az veren, filmi teşkil eden bölümlerin yazılı metni; “*bir filmin çevrilmesine temel olan metin*” şeklinde nitelendirilebilir. Senaryo, bir filmin hangi meseleyi ele aldığını, filmde karakterler bulunuyorsa bu karakterlerin kimler olduğunu, eğer diyaloglar varsa karakterler arasında geçen diyalogları içeren adeta çekilen filmin yol haritasıdır²⁴.

Bir başka ifade ile senaryo, çeşitli aşamalarda geliştirilmek suretiyle yazarının birikimi doğrultusunda, hareketli görüntülerin doğasına uygun olarak yazılmış kendine özgü söylemlere haiz, endüstriyel nitelikli bir sanat eseridir denilebilir. Her senaryo, filme giden süreçte, üzerine diğer yaratıcıların yaratıcılıklarını koyacakları bir kılavuz; film tasarımının sinematografik bir anlatı planıdır. Görüldüğü gibi senaryo bir sinema eserinin ana omurgasını oluşturan yazılı metin olup, bu senaryoyu meydana getiren senarist de sinema eserinin sahiplerinden biri sayılmaktadır. Nitekim senaryoyu yalnızca geleneksel anlamıyla sinema filmlerindeki haliyle değil, gerek programların çeşitlenmesi gerekse de zaman içerisinde gelişen teknolojiye bağlı olarak ortaya çıkan ve sinema eserine benzer nitelikte eserlerin meydana çıkması sonucu şeklinde daha geniş yorumlama yoluna gidilmesi gerekir²⁵. Filmin konusunu, varsa karakterleri ve onlar arasında geçen diyalogları yazıya döken kimse ise senarist ya da senaryo yazarı olarak adlandırılmaktadır. Senarist, FSEK. 8. maddesi uyarınca belirtilmiş olan eser sahiplerinden birisi sayılmaktadır.

Diyalog ise, karakterler arasında yer alan konuşmaları ve iletişimi sağlayan sözler anlamını taşımaktadır. Nitekim belirtmek gerekir ki, sinema eserleri sözlü veyahut sözsüz bir şekilde oluşturulabilir. Dolayısıyla sinema eserlerinde diyalog bulunması şartından bahsedilemeyecektir. Diyaloglar, senarist ya da özel diyalog yazarı tarafından yazılabilir. Diyalogların, diyalog yazarı tarafından yazılması durumunda diyalog yazarı da senarist gibi sinema eseri sahibi sayılacaktır²⁶.

2. Özgün Müzik

Filmi oluşturan önemli yapısal unsurlardan biri de özgün müziktir. Bu bağlamda özgün müzik, film müziği olarak da anılan, sinema eserinin içinde yer alan ve sinematografik yaratım için yaratılmış olan müzik türünü ifade etmektedir. Bir sinematografik eser içinde sanatçılar tarafından daha önceden bestelenmiş bazı müzik parçalarının tamamıyla veyahut kısmen yer alması mümkündür. Nitekim bu takdirde söz konusu eser, ilgili filmde kullanılmak üzere özgün

²⁴ Tosun, Yalçın. *Sinema Eserleri ve Eser Sahibinin Hakları (Yayımlanmamış Doktora Tezi)*, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2008, s. 16.

²⁵ Kadıgil, s. 22.

²⁶ Yaşasın, Ali. “Sinema Eserleri ve Sinema Eserleri Üzerindeki Hak Sahipleri.”, *Fikri ve Sınai Haklar Dergisi*, C.12, S.47, 2016, s.903-904, [EBSCOhost,search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&AuthType=sso&db=edslgo&AN=edslgo.2459&site=eds-live](http://EBSCOhost.search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&AuthType=sso&db=edslgo&AN=edslgo.2459&site=eds-live). Erişim Tarihi: 05.11.2020.

ve hususi olarak meydana getirilmediğinden dolayı özgün müzik kapsamında yer almayacak, ancak eser sahipleri ile yapılacak olan özel lisans sözleşmeleri aracılığıyla kullanılabilir. Filmde kullanılan müzik özgün müzik değilse bu müzik eserlerinin sahipleri ancak sözleşmede kararlaştırılmış olan bedeli alabilecek olup, eserin kullanılması neticesinde sinema eseri üzerinde eser sahipliği gibi bir statüye sahip olmayacaklardır. Ancak müzik eserlerinin, sinema eserinde, eser sahibinin müsaadesi olmaksızın kullanılması durumunda hem mali, hem manevi hak ihlallerinden dolayı müzik eseri sahibinin bir takım talep haklarının doğması mümkün olabilecektir. Özgün müzik olarak değerlendirilen eserler ise, münhasıran o sinematografik eser için hazırlanmıştır. FSEK'in 8/3 maddesi uyarınca özgün müzik sahipleri sinema eseri sahibi sayılmaktadır. Belirtmek gerekir ki; “*özgün müzik*” niteliğine sahip olması müzik eserinin tek başına bir musiki eseri olarak sunumunu da engellemektedir. Bu husus FSEK md. 80/1C-2(3)'de hüküm altına alınmıştır. Dolayısıyla özgün müzik, hem sinema eserinin bir parçası hem de bir musiki eser olarak değerlendirilecektir²⁷.

3. Yönetim

Sinema eserini oluşturan çeşitli unsurların birleştirilmesi suretiyle bu unsurların eserin genel havasına uygun, anlamlı bir bütün hâline getirilmesi ile filmin ortaya çıkarılmasına “*Film yönetimi*” denir; bu faaliyeti gerçekleştiren şahıs ise “*Yönetmen-Rejisör*” olarak adlandırılmaktadır. Yönetmen, filmin genel olarak yapısının oluşturulması, oyuncu performansı yönetimi, senaryonun diyaloglarla birlikte görüntüye aktarılması ve bu aktarımın anlamlı bir bütün halinde gerekli duyguyu vererek yapılması, senaryodaki sıralamayla çekilmeyen sahnelerdeki duygu akışının gereği gibi sağlanması gibi hususları yerine getirmektedir. Yönetmen belirtilmiş olduğu görevleri dolayısıyla filmin yönetimi açısından oldukça önemli bir yer arz etmektedir. Yönetmen FSEK. 8/3 maddesi uyarınca sinema eserlerinde; eser sahibi sayılmaktadır. Sinema eserinin ortaya konulmasında en önemli unsurlardan biri olan yönetmenle birlikte, yönetmenin direktifleri ve görüşleri ile hareket eden ve bu nedenle ayrıca eser sahibi statüsüne sahip olmayan; filmi oluşturan sahneler çekilirken kullanılan ışık ve görüntülerin düzeninin nasıl olması gerektiği hususundan sorumlu olan görüntü yönetmeni; sinema filmini oluşturan tüm sahnelerin kostüm, dekor gibi unsurların diğer aksesuar ve malzemelerin oluşturulmasını temin edilmesini sağlayan sanat yönetmeni gibi kişiler de mevcuttur. Görüntü yönetmeni ve sanat yönetmeni gibi kişiler de filmin meydana gelmesi için yönetmenin yanı sıra önemli rol oynayan kimselerdir²⁸.

4. Yapım

Bir sinema eserinin meydana getirilmesinin muhakkak ki birtakım ekonomik maliyetleri söz konusudur. Bu maliyetlerin hangi kaynaklar ile giderileceği meselesi ise eserin ortaya konulması açısından önemli bir husustur. Sinema eserleri oldukça kapsamlı bir organizasyon ve büyük maliyet gerektirir. Bu eserlerin oluşturulması için birbirini takip eden aşamaların titizlikle takip edilmesi ve belki yüzlerce insanın emeği ve zamanını harcaması gerekmektedir. Sinema eserlerinin yapımını üstlenen kişi bir taraftan sinema eseri meydana getirmeye çalışanları gerekli finansmanı sağlayarak desteklemekte ve inisiyatifi kendisinde bulundurmakta; diğer taraftan ise

²⁷ Bulut, s. 35; Tosun, s. 19,20.

²⁸ Özkan, Gizem. *Sinema Eserlerinde Eser Sahibi ve Hakları* (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2015, s. 51,52; Bulut, s. 35,36; Tosun, s. 17-19.

ortaya konulan eserin başarısız olma riskini de üstlenmektedir. Bu açıklamalardan hareketle yapımcıyı “*yapım işlevini üstlenen gerçek veyahut tüzel kişi*” olarak tanımlayabiliriz. Yapımcının da meydana getirilen sinema eseri üzerinde tâbi olunan hukuk düzenine göre eser sahipliği hakları da dâhil olmak üzere bazı hakları söz konusu olabilir²⁹.

5. İcracı Sanatçılar

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu m.1/B hükmü uyarınca komşu haklar “*Eser sahibinin manevi ve mali haklarına zarar vermemek kaydıyla ve eser sahibinin izniyle bir eseri özgün bir biçimde yorumlayan, tanıtan, anlatan, söyleyen, çalan ve çeşitli biçimlerde icra eden sanatçıların, bir icra ürünü olan veya sair sesleri ilk defa tespit eden fonogram yapımcıları ile radyo-televizyon kuruluşlarının sahip oldukları hakları*” şeklinde tanımlanmıştır.

Eser hakkı sahibine komşu hak sahibi olan icracı sanatçılar, FSEK. 80. maddesi doğrultusunda “*Eser sahibinin manevi ve mali haklarına zarar vermemek kaydıyla ve eser sahibinin izniyle bir eseri özgün bir biçimde yorumlayan, tanıtan, anlatan, söyleyen, çalan ve çeşitli biçimlerde icra eden sanatçılar*” olarak ifade edilmiştir.

Sinema eserleri noktasında icracı sanatçılar oyuncular olarak kabul edilmektedir. Nitekim bütün sinematografik yaratımlarda oyuncuların bulunması şart koşulmamaktadır. Sinematografik filmlerde yer alan icracı sanatçılar FSEK. m.80/f.1,b.1.A uyarınca FSEK. m.8/f.3’te sayılmış olan eser sahibinin haklarına komşu hak sahibi kabul edilirler³⁰.

B. Teknik Unsurlar

Sinema eserleri, diğer eser tipleri ile karşılaştırıldığı takdirde kullanılan teknik yöntemler bakımından oldukça belirgin bir farklılık arz etmektedir. Bir sinema eserinin meydana getirebilmesi için yaratımı kaydedecek ve gösterime uygun hale sokacak teknik ekipmana ihtiyacı bulunmaktadır. Teknik ekipman olmaksızın, yapısal unsurlar bir araya konya bile sinema eserinden söz edilemeyecek olup yaratılan bir tiyatro eseri kabul edilecektir. Sinema eseri, kamera, ışık ve ses sistemlerinin kullanımı ile kaydedilen ve yine projeksiyon sistemlerinin kullanımıyla gösterime sunulan hareketli görüntüler dizisidir. Sinema eseri, genel olarak bir kamera üzerine görüntü kaydedilmesi temeline dayanır. Kaydedilen görüntünün gösterime sunulabilmesi için kullanılan cihaz da sinema eserinin bir başka teknik unsurunu oluşturur. FSEK. m.5 hükmü uyarınca sinema eserinin varlığı için kayıta kullanılacak materyale ve gösterimini sağlayacak cihaza ilişkin herhangi bir sınırlama getirilmemiştir³¹.

IV. SİNEMA ESERLERİNİN TÜRLERİ

Sınırlı sayı ilkesi uyarınca Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’nda eserler dört grup halinde belirtilmiştir. Eser grupları sayılmış olan gruplarla sınırlı olmasına karşın bunların altında yer alan eser çeşitleri örnek kabilinden belirtilmiştir.³² Bu bağlamda kanundaki unsurları taşıyan yaratımların tamamı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu kapsamında sinema eseri vasfına haiz olacak ve hukuki korumadan yararlanacaktır. FSEK. 5. maddesi uyarınca sinema eserlerinin türleri “*her*

²⁹ Tosun, s. 22.

³⁰ Bulut, s. 36-37; Tosun s. 20-21.

³¹ Kadıgil, s. 25; Özkan, s. 53-55.

³² Suluk/Karasu/Nal, s.58.

nevi bedii, ilmi, öğretici veya teknik mahiyette olan veya günlük olayları tespit eden filmler veya sinema filmleri” şeklinde örneklendirilmiştir.

A. Bedii, İlmi, Öğretici, Teknik Mahiyette Olan veya Günlük Olayları Tespit Eden Filmler

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu 5. maddesi uyarınca sayılan ilk grup bedii, ilmi, öğretici veya günlük olayları teşkil etmektedir. Bu eserler, genellikle ticari kaygı gütmeksizin eğitim-öğretim maksadıyla, teknik bilgi odaklı, röportaj niteliğinde olan; belgeseller, kurum-kuruluşu tanıtım filmleri, haber, belgesel, reklam filmleri ya da bir konser veya tiyatro oyunu gibi etkinliklerin tespit edildiği filmler bu grup içerisinde değerlendirilebilir³³.

Bu eser türünde de asıl olarak aranılacak hususiyettir. Doktrinde bu tür filmlerin sinema eseri olarak kabul edilmiş olması, çeşitli tartışmalara sebebiyet vermiştir. Tartışmalar temelde yaratımların hususiyet taşıyıp taşıyamaması noktasında yoğunlaşmaktadır. EREL, konser örneğinde olduğu gibi konserin naklinde müziğe artistik bir görüntü, yakın çekim-uzak çekimler ile katılıyorsa, burada hususiyetin sağlandığını ve sinema eseri olarak korumanın gerçekleşmesi gerektiğini belirtmiştir. YARSUVAT, eser sayılmak için yalnızca kanunda belirtilen eser tiplerinden olmanın yeterli olmayacağını, bu tür yaratımların aynı zamanda hususiyet de taşıması gerektiğini belirtmiştir. AYİTER, günlük olayları tespit eden filmlerde bulunması gerekli hususiyetin çoğu kez bulunmadığını ifade etmiştir. Nitekim belirlemek gerekir ki; sinema eseri sayılmanın şartlarını taşıyan yani hususiyet taşıyan, belli bir seviyeye kadar şekillenmiş hareketli görüntü dizilerinin tamamı FSEK kapsamında sinema eseri sayılacaktır. Bu sebepten mütevellit, sinema eseri olarak kabul edilebilecek türlerin ayrı ayrı sayılması elzem bir durum teşkil etmez³⁴.

B. Sinema Filmleri

Sinema filmleri, genellikle ticari amaç güdülerek çekilen filmlerdir. Çoğu zaman temel amaçları, sinema seyircisine hitap etmesidir. Bir başka ifade ile, sinema sanatı çerçevesinde oluşan, senaryo, diyaloglar, oyuncular, yönetim ve müziği ile bütünlük halinde bir öyküyü anlatan eserler olarak belirtilebilir. Sinema ya da televizyon filmleri, televizyon dizileri bu kapsamda sayılabilir. İlk gruptaki filmlerin aksine buradaki asıl amaç “izleyiciye arz”dır³⁵.

5224 s. Sinema Filmlerinin Değerlendirilmesi ve Sınıflandırılması ile Desteklenmesi Hakkında Kanun md. 3/b hükmünde sinema filmi; “Sinema sanatına özgü dil ve yöntemler ile meydana getirilen belgesel, kurgu, animasyon ve benzeri türlerde; konulu veya konusuz, uzun veya kısa metrajlı, tespit edildiği materyale bakılmaksızın elektronik, mekanik veya benzeri araçlarla gösterilebilen, sesli veya sessiz, birbiriyle ilişkili hareketli görüntüler dizisinden ibaret filmler” şeklinde ifade edilmiştir³⁶.

³³ Bulut, s. 51.

³⁴ Bulut, s. 52; Kadıgil, s. 52.

³⁵ Bulut, s. 52; Kadıgil, s. 53-54.

³⁶ Bulut, s. 52-53; Kadıgil, s. 54-55.

C. Sinema Eseri Vasfı Tartışmalı Türler

1. Görsel-İşitsel Eser Kavramı

Gelişen teknoloji ile ortaya çıkan yeni tip yaratımların ortaya çıkması, televizyonun ve internetin de kullanımı hızla yaygınlaşması gibi durumlar, “sinema eseri” türünün, beklentileri karşılayamaz hale gelmesine yol açmıştır. Zamanla, görsel-ışitsel ürünlerin de çeşitliliği artmış ve bu yaratımların sinema eseri olarak korunup korunamayacağı bağlamında hukuk sistemlerinde tartışmalar meydana gelmiştir. Söz konusu ürünler bazı durumlarda sinema eserleri bağlamında korunabiliyor olsa da kimi zaman sinema eseri vasfından uzaklaşmakta ve koruma kapsamına alınamamaktadır. Bu nedenle, Fransa, Amerika Birleşik Devletleri gibi birçok ülkede sinema eserlerini de kapsayan bir ana kategori olarak “görsel- işitsel eser” kavramı ele alınmış ve hukuki düzenlemeler yapılmıştır. Türk Hukuk Sistemi nezdinde bu şekilde bir üst grubun benimsenmemesi dolayısıyla zamanla ortaya çıkan ve “hareketli görüntü dizisi” teşkil eden birçok fikri yaratım türü hukuksal vasıflandırılması tartışma konusu oluşturmuştur³⁷.

2. Televizyon İçin Üretilen Fikir Ürünleri

a. Televizyon Eseri Kavramı

Televizyonun gündelik hayatımızda yaygınlaşmasıyla beraber, sinema eserlerinin yanı sıra televizyonda yayına mahsus üretilen film-dizi, belgeseller, programlar, spor müsabakaları, klipler gibi içeriklerde de bir hayli artış yaşanmıştır. Yaşanılan bu gelişmeler sonucu bunların Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu kapsamında korunması tartışma konusu olmuştur³⁸.

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu bağlamında televizyon yaratımları eser statüsüyle donanmamıştır. Televizyon eserleri, sinema eserlerine “birbiriyle ilişkili hareketli görüntüler dizisi” özelliğine sahip olma açısından benzerlik arz ettiğinden dolayı Kanun’da yer alan sinema eseri tanımıyla televizyon eserinin bağlantılı olduğu düşünülmüştür. Ancak böyle bir ilişkilendirmenin yapılabilmesi için hem eser tanımı hem de sınırlı sayıda olarak belirlenen eser tipleri göz önünde bulundurulmalıdır. Televizyon eserlerinin nasıl saptandıkları, hareketli görüntüler dizisi niteliğine sahip olarak sunulmaya uygun olup olmadıkları da irdelenmelidir. Ancak burada esas mesele, bu şekilde meydana getirilen ürünlerin Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu uyarınca sinema eseri veyahut başka bir eser türü altında korunmasının mümkün olup olmamasıdır³⁹.

b. Televizyon İçin Yapılmış Filmler ve Dizi Filmler

Televizyon filmleri, televizyon kuruluşları ile yapım şirketleri arasındaki sözleşmeler dolayısıyla, yayın akışı içerisine yer alarak yayınlanan tek bir bölümden yahut birbirini izleyen bölümlerden oluşan filmlerdir. “Televizyon filmi” tek bir bölümden meydana gelen filmi ifade etmekte iken; “televizyon dizisi” ise belirli aralıklar ile farklı zaman dilimlerinde gösterime sunulan bölümlerden teşkil eden yapımları ifade etmektedir. Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’nda

³⁷ Bulut, s. 53-54; Kadıgil, s. 58-61.

³⁸ Sür, Pınar. *Sinema Eserleri ve Sinema Eser Sahipliğinden Doğan Haklar (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi)*, Kadir Has Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2012, s. 34-35.

³⁹ Tosun, s. 140-149.

televizyon için üretilen bu içeriklerin hukuki niteliklerine ilişkin olarak açık bir düzenlemeye rastlamak mümkün değildir. Ancak bu hususta bir düzenleme yapılması yerinde olacaktır.

Öncelikle bu filmlerin yapım süreçleri sinema filmlerinden farklı olarak, genel anlamda daha kısa ve maliyetleri nispeten daha düşüktür. Sinema eserini oluşturan unsurlar baz alındığı zaman, sinema eseri ile televizyon için üretilen dizi ve dizi filmler arasında büyük benzerlikler olduğu görülür. Hem sinema eserinde hem de televizyon için üretilen dizi ve filmlerde senarist, yönetmen, diyalog yazarı ve özgün müzik bestecisi önemli rol oynar ve arka planda büyük bir organizasyon söz konusudur. Bu görsel işitsel yaratımlar, genelde dijital veya selüloit filmler üzerine tespit edilmekte ve ilgili materyaller aracılığıyla televizyon yayınları meydana getilmektedir. Bu kapsamda hem tespit edilme koşulunu içerdiklerinde hem de yeniden gösterime olanaklı olduklarında tereddüt yoktur. Bu yapımlar ayrıca sinema eseri için aranan bir şart olan “birbiriyle ilişkili görüntüler dizisi olma” şartını da sağlamaktadırlar. Televizyon dizilerinin belirli aralıklar ile farklı zaman dilimlerinde gösterime sunulan bölümlerden oluşması sırf bu sebeple onların ayrı ayrı sinema eseri olarak değerlendirilememesi sonucunu ortaya çıkarmaz. Ancak bölümlerin ayrı ayrı sinema eseri olup olmadığı incelenirken eseri meydana getiren subjektif unsur olan “*eser sahibinin hususiyeti*” de göz önünde bulundurulmalıdır. Diğer şartlarında gerçekleşmiş olması koşuluyla, inceleme neticesinde “*eser sahibinin hususiyeti*” unsurunun mevcut olduğu sonucuna ulaşırsa televizyon dizinin bu nitelikleri taşıyan her bölümünün sinema eserlerine ilişkin hukuki korumadan yararlanması mümkün olabilecektir. Televizyon dizisini oluşturan her bir bölüm kendi içinde tutarlı bir bütünlük taşıyorsa ve bu çalışma kapsamında açıklanan sinema eserleri için aranan özel hususiyet kıstasını barındırıyorsa ayrı bir sinema eseri sayılmalıdır.

Sinema eseri vasfı tartışmalı ürünler arasından televizyon film ve dizileri, sinema eserine ilişkin hukuki korumalardan yararlanmanın şartlarını sağlamak bakımından en az problemli ürünlerdir. Bu televizyon film ve dizilerinin geleneksel manada sinema filmleri ile büyük benzerliklerinin bulunmasından kaynaklanıyor olabilir. O halde bahsedilen şartları yerine getiren televizyon dizi ve filmlerinin FSEK. m.5 çerçevesinde sinema eseri olarak ele alınması kural olarak mümkündür. Her ne kadar bu yapımlar televizyon için meydana getirilmekte ise de bunlar da sinema eserleri gibi büyük ekonomik değerler ile ilişkili olduğundan sinema eserlerine sağlanan korumadan yararlanması uygundur. Şüphesiz televizyon için yapılan film ve dizilerde bir sektörü ifade etmekte; bu sektörün de sağlıklı bir şekilde ilerlemesinin temin edilmesi gerekmektedir. Bu gereksinim ise televizyon için yapılan film ve dizilerin sinema eseri olarak korunması düşüncesini destekleyen başka bir husustur.

c. Reklamlar

Reklamlar tüketiciye bir ürünü ya da hizmeti tanıtmak, satışını sağlamak ya da arttırmak için oluşturulan içeriklerdir. Doktrinde yaygın olarak kabul edilen görüş, reklam filmlerinin eser olmaya ilişkin şartları sağlaması koşuluyla korunması yönündedir. Gerçekten de reklamlar yazılı metni, özgün müziği, fotoğraf gibi birden fazla unsurdan oluşmakta ve birden çok eser türünün bir araya gelmesiyle oluşan kompleks bir yapım olarak karşımıza çıkmaktadır. Bir görüşe göre, karmaşık yapıları ve birçok farklı unsurdan oluşmalarından dolayı reklamların ayrı bir tür olarak düzenlenmesi gerekmektedir. Reklam filmleri açısından hareketli görüntüler dizisine sahip olma

ve tespit edilmiş/edilebilir olma kıstasları bakımından bir sorun bulunmamakta olup burada aranacak en önemli ölçüt hususiyet olacaktır. Doktrinde, benzer görüşler bulunmaktadır. Bu konuda TOSUN, reklam filmlerini sinema eserlerinin dışında tutmanın uygun olmayacağını belirtmiş, her bir filmin birbirinden ayrı olarak değerlendirilerek bir karar verilmesi gerektiğini belirtmiştir. Reklam filmlerinin ayrı ayrı değerlendirilmesi sonucu, sinema eseri unsurlarını taşıyan reklamların sinema eseri olarak kabul edilmesi gerekmektedir⁴⁰.

d. Format

Format, çeşitli bölümlerden oluşabilen bir programın adının, konusunun, içeriğinin, programı oluşturan teknik hususların neler olduğunun ve bunun hangi şekilde aktarılacağını detaylandırılarak; yazılı ve bazen görsel işitsel unsurlarla desteklenmiş bir taslak olarak hazırlanmasına verilen isimdir⁴¹.

Format, yarışma programları, eğlence programları, televizyon dizileri için geçerli olabilir. Doktrinde format kavramlarının vasıflandırılması konusunda çeşitli tartışmalar bulunmaktadır. Bir görüş formatların ilim ve edebiyat eseri olarak korunabileceğini savunurken, bir başka görüş sinema eseri bünyesinde ancak senaryo olarak korunabileceğini savunmaktadır. Formatın eser olarak korunabilmesi Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda sayılan şartları sağlamasına bağlıdır⁴².

Yargıtay kararları doğrultusunda program formatları sinema eserine benzer nitelikte eser olarak kabul edilmektedirler. Bunun yanı sıra ayrıca program fikrinin bir televizyon programı için yazılı hale getirilmesinde dil ile ifade edilen araçlar vasıtasıyla fikrî bir içeriğin ifade edilmesi söz konusu olduğundan program formatları FSEK. md. 2 anlamında yazılı/sözlü eser olarak değerlendirilebilmektedir. Bir başka açıdan program formatı FSEK. m.5 bağlamında tamamlanmış ürün olan televizyon eserinin taslağı olarak da ele alınabilir. Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu kapsamında korunan bir eserin ön ve ara aşamaları da korumadan yararlanabilir⁴³.

e. Spor Müsabakaları

Öğretide genel görüş, spor müsabakalarına ilişkin yayınların hususiyet taşımamalarından dolayı sinema eseri olarak korunmayacakları şeklindedir. Söz konusu spor faaliyetlerinin hareketlerinin koreografisinin yapılması mümkün olmayıp yeniden tekrar etme olanağı bulunmamaktadır. KILIÇOĞLU aksini savunmuş ve milli bayramlara ilişkin bir filmin de spor karşılaşmalarına ilişkin bir filmin de, günlük olayları tespit eden filmler kapsamında sinema eseri olarak değerlendirilmesi gerektiğini bildirmiştir⁴⁴. Yargıtay 2005 yılındaki bir kararında spor müsabakalarını sinema eseri olarak saymıştır⁴⁵. Spor müsabakalarının çekim yöntemleri,

⁴⁰ Bulut, s.59-60.

⁴¹ Tosun, s.166.

⁴² Kaçmaz, Mine. *Sinema Eserlerinde İcracı Oyuncu Sözleşmesi (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi)*, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2019, s.15-16.

⁴³ Arıkan, Mustafa. "Fikri Mülkiyet Hukukunda Televizyon Program Formatlarının Korunması" Selçuk Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı, Doktora Tezi Özeti, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.17, S.2, 2009, Konya, 2009, s.161-162.

⁴⁴ Kılıçoğlu, s.137.

⁴⁵ Bkz. Yargıtay 11 HD. 23.12.2005 T, 2005/13440 E., 2005/12765 K.

yorumlanması vs. açısından hususiyet taşıması zor olsa da hususiyet taşımaları durumunda sinema eseri olarak korunmalarında bir sakınca bulunmamaktadır⁴⁶.

f. Klipler (Müzik Videoları)

Müzik klipleri, müzik eserinin ilk tespitinin yapılmasını takiben bu tespit üzerine çekilmiş olan senaryolu veyahut senaryosuz görüntüleri ifade eder. Müzik videolarının da birbiriyle ilişkili, hareketli görüntüler dizisine sahip oldukları ve tespit edilmiş/edilebilir yaratımlar olduğundan kuşku duyulmamaktadır. Tıpkı sinema eserleri gibi, bir yönetmen tarafından çekilen, senaryosu ve hikâyesi olan, animasyon olarak hazırlanan video klipler haricinde genellikle icracı sanatçıların olduğu fikri yaratımlardır. Kliplerin sinema eseri sayılıp sayılmadığı konusu doktrinde tartışmalı bir konudur. Erel, fikri katkıda bulunanların klbin müzik tanıtımına yönelik olduğu hususunda açık/zımnem irade ortaya koymaları durumunda sinema eserinden bahsedilemeyeceğini söylemiş ve kliplerde bestenin asıl eser, klbin yapımının müzik eserinin tanıtımını yapmak gayesiyle olduğundan teferruatı hükmünde olduğunu belirtmiştir⁴⁷. Müzik klbinin sinema eseri sayıldığı hallerde müzik eseri sahibi, sinema eseri üzerinde özgün müzik sahibi sıfatıyla elbirliği ile eser sahibi kabul edileceği belirtilmektedir⁴⁸.

V. SİNEMA ESERLERİ BAKIMINDAN KORUMA KOŞULLARI

Bir yaratımın eser sayılmasına ilişkin genel şartlar, sinema eserleri yönünden koruma sağlanması bağlamında da geçerlilik teşkil etmektedir. Nitekim sinema eserlerinin korunması bakımından genel şartların yanı sıra sinema eserlerine münhasır birtakım unsurların da bir arada olması gerekmektedir⁴⁹.

A. Tespit Edilmiş Olma

Fikri yaratıma koruma sağlanmasının ilk şartı yaratıcının iç dünyasından ayrılarak somut bir şekilde dış dünyada vuku bulmasıdır. Tespit edilmiş olma unsuru her eser türü için aranan bir unsur olmamakla beraber sinema eserlerinin mahiyeti için zorunludur. FSEK. 1/B ve 5. maddelerinde yer alan ifadelerden tespit edilmenin şart niteliği anlaşılmaktadır. Tespit edildiği materyalin niteliği 4630 sayılı kanun ile yapılan değişiklik neticesinde önemini kaybetmiştir⁵⁰.

B. Birbiriyle İlişkili Görüntüler Dizisi Olma

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 5. madde uyarınca bir diğer unsur; "*birbiriyle ilişkili hareketli görüntüler dizisi*" niteliğine sahip olmasıdır. Madde sinema filmleri de dâhil olmak üzere, hareketli görüntü içeren filmi kapsamaktadır. Sinema eserlerini, fotoğraf eserleri ve güzel sanat eserlerinden ayıran en önemli unsur da sinema eserlerinin hareketli görüntüler dizisine sahip olmasıdır. İlişkin madde hükmü uyarınca aynı zamanda bu görüntülerin "*birbiriyle ilişkili*" olması

⁴⁶ Bulut, s.65-66; Kaçmaz, s.18-19.

⁴⁷ Erel, Şafak N. "Fikri Hukuk Açısından Müzik Klipleri", *Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi*, C.6, S.1, 2006, s.55-62.

⁴⁸ Sür, s. 51-54.

⁴⁹ Sür, s. 25.

⁵⁰ Sür, s. 25-27.

aranmıştır. Bu doğrultuda, birbiriyle ilgisiz, bir anlam bütünlüğü oluşturmayan görüntüler dizisinin sinema eseri sayılmayacağı belirtilmiştir⁵¹.

C. Hususiyet

Hususiyet, diğer eser türlerinde olduğu gibi sinema eserlerinde de eser sayılmanın en önemli koşuludur. Hususiyetin tespit edilmesi, her eser türünün kendi özelliklerine çerçevesinde yapılmaktadır. Sinema eserleri bağlamında, filmdeki düşünsel yapının orijinalliği, konu, filme alıştaki teknik, oyuncuların yönetimi, filmin çekim planları ve montaj gibi birçok konuda söz konusu olmaktadır. Sinema eserleri yapıları gereği birden fazla unsuru barındıran kompleks yapıya sahip bir eser türü olduğundan, içerisinde birçok destek sağlayan kişi olmaktadır. Bu kişiler açısından ayrıca hususiyet şartı aranmayacağı, öncelikli olarak eser sahibi olan kişilerin hususiyetlerinin inceleneceği belirtilmiştir⁵².

D. Senaryo ve Yönetim

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 8. maddesinde “sesli veya sessiz, birbiriyle ilişkili hareketli görüntüler dizisi” ifadesine yer verilmiştir. Bu ifadeden filmin özgün müzik, diyalog olmaksızın oluşturulabileceği sonucu çıkarılabilir. Nitekim yönetmen yukarıda detaylı olarak açıklandığı üzere yükümlü olduğu görevleri dolayısıyla yapımın omurgasını oluşturur. Senarist ise yapımın yaratıcı emeğini ortaya koyan kişidir. Bu sebepten yaratımın sağlanmasında temel işleve sahiptirler.⁵³Nitekim karşıt görüş olarak Nal/Suluk çekimlerde çekim tekniğimin uygulanmasının şart olmaması gibi yönetmen ve senaryonun bulunmasının da gerekli bir unsur olmadığını belirtmektedir.⁵⁴

VI. SİNEMA ESERLERİNE İLİŞKİN ZORUNLU TESCİL

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 13. maddesi uyarınca “Filmlerin ilk tespitini gerçekleştiren film yapımcıları ile seslerin ilk tespitini gerçekleştiren fonogram yapımcıları, hak ihdas etmek amacı taşımaksızın, sahip oldukları hakların ihlâl edilmemesi, hak sahipliklerinin belirlenmesinde ispat kolaylığı sağlanması ve malî haklara ilişkin yararlanma yetkilerinin takip edilmesi maksadıyla, sinema ve müzik eserlerini içeren yapımlarının kayıt ve tescilini yaptırırlar” şeklinde verilen hüküm doğrultusunda sinema eserleri zorunlu tescil sistemi kapsamına alınmıştır. Fikir ve Sanat Eserlerinin Kayıt ve Tescili Hakkında Yönetmelik'in Zorunlu kayıt ve tescil başlıklı 5. maddesinde “Sinema ve müzik eserlerinde filmlerin ilk tespitini gerçekleştiren film yapımcıları ile seslerin ilk tespitini gerçekleştiren fonogram yapımcıları, hak ihdas etmek amacı taşımaksızın, sahip oldukları hakların ihlal edilmemesi, hak sahipliklerinin belirlenmesinde ispat kolaylığı sağlanması ve mali haklara ilişkin yararlanma yetkilerinin takip edilebilmesi amacıyla sinema ve müzik eserlerini içeren yapımlarının kayıt ve tescilini yaptırırlar.” şeklinde düzenlemeye yer verilmiştir.

Nitekim belirtilmiş olan kayıt ve tescil zorunluluğu hak doğumunun veyahut kullanımının ön koşulu olmamakla beraber eserin koruması eserin yaratılmasıyla birlikte kendiliğinden

⁵¹ Bulut, s.50-51; Sür, s. 27-28.

⁵² Bulut, s. 32-33.

⁵³ Sür, s.31-33.

⁵⁴ Suluk/Karasu/Nal, s. 68.

başlamaktadır. Sinema Destek Kanununda belirtilen bandrol zorunluluğu ise sinema eserlerinin gösterime sunulması ve eserden maddi bir kazanç etmek için, mali ve manevi hakların zarar görmesini engellemek ve ispat kolaylığı sağlamak amaçlı yasal bir zorunluluk ifade eder. FSEK. 44. madde hükmü “*fikir ve sanat eserlerinin tespit edilmesi ve çoğaltılmasına ilişkin materyalleri üreten ya da çoğaltımını, satışını, dolumunu yapan, yayan, umuma arz eden yerler*” için bir sertifika zorunluluğu getirmiştir. FSEK. m.81 hükmünde, sinema eserlerinin çoğaltılmış nüshaları ile süreli olmayan yayınlara bandrol yapıştırılması zorunluluğu getirmiştir. Tescil başvurusu, Kültür ve Turizm Bakanlığı Telif Hakları Genel Müdürlüğü’ne yapılmaktadır⁵⁵.

VII. SİNEMA ESERLERİNDE HAK SAHİPLİĞİ

A. Sinema Eseri Sahipleri

Sinema eserleri birden çok kişinin yaratıcı emeği ile ortaya çıkmaktadır. FSEK. 8. maddesi bu hususu, “*Sinema eserlerinde yönetmen, özgün müzik bestecisi, senaryo yazarı ve diyalog yazarı, eserin birlikte sahibidirler. Canlandırma tekniğiyle yapılmış sinema eserlerinde, animatör de eserin birlikte sahipleri arasındadır.*” diyerek sinema eserine fikrî çabasıyla katkıda bulunan kişileri, eser sahibi olarak göstermiştir⁵⁶. Doktrinde bu birlikteliğin iştirak, müşterek ve sui generis bir birliktelik olduğu konusunda çeşitli görüşler mevcuttur⁵⁷.

1. Yönetmen

Yönetmen, sinema eserlerinde, sahnelenen yaratımın düzenini, post-produksiyonu sağlayan ve sinema eserlerinde sinema sanat ve tekniğini kullanarak akışı müdahaleleriyle değiştirerek -varsa- senaryoyu uygulayan kişidir. Bir sinema eserinin ortaya konulmasında yönetmenin talimat ve direktifleri ile hareket eden görüntü yönetmeni; sanat yönetmeni gibi çeşitli yönetmenlikler bulunmakla birlikte, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu bakımından eser sahibi olarak dikkate alınacak olan yönetmen, filmi çeken asıl yönetmendir. Zira Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu kapsamında bir yaratıma eser özelliğini kazandıran en önemli unsur hususiyettir. Bir sinematografik esere, tekniklerinin kullanılması hususunda hususiyet kazandıran kişi yönetmendir⁵⁸.

2. Senarist

Senarist yani senaryo yazarı, yetenek ve birikimi doğrultusunda oluşturulan bir anlatıyı sistem içinde hazırlayan ve film için gerekli ana metni yazan kişidir. Senaristler FSEK. 8. madde hükmü uyarınca eser sahibi olarak sayılmaktadır. Aksi yönde senaristlerin ilim-edebiyat eseri grubunda eser sahibi olduklarından sinema eseri sahibi olarak kabul edilmesinin isabetli olmadığına dair bir görüş bulunmaktadır. Nitekim senaristlerin, filmin ana hikâyesine katkıda bulunan ve sinema eserinin önemli bir bölümünü oluşturmaları dolayısıyla eser sahibi olarak kabul edilmeleri son derece yerinde bir hüküm olduğu düşünülmektedir⁵⁹.

⁵⁵ Bulut, s.67-69; Sür, s.61-62.

⁵⁶ Özkan, s.105.

⁵⁷ Günaydın, Ömer. “Sinema Eserlerindeki Karakterler ve Korunması”, *Terazi Hukuk Dergisi*, C.12, S.128, Nisan 2017, s. 100.

⁵⁸ Özkan, s.106-107.

⁵⁹ Bulut, s.87.

3. Animatör

Animatör, canlandırıcı yani resimleri ya da hareketsiz cisimleri gösterim esnasında hareket duygusu oluşturarak, düzenleyen ve filme aktaran kişiyi, animasyon ise söz konusu aktarımı sonucu ortaya çıkan yaratımı ifade etmektedir. Filmlerin tamamında yahut kısmi kısmında animasyon tekniği kullanılabilir. Bu şekilde kısmen animasyon tekniğiyle çekilen filmlerde de animasyon kullanılan kısımlar film bu şekilde bir bütünlük kazandığından, animatörün de eser sahibi olarak kabul edilmesi gerektiği ve kanunun yalnızca tam anlamıyla animasyonla çekilen filmleri kastedecek şekilde dar yorumlanmaması gerekmektedir⁶⁰.

4. Diyalog Yazarı

Diyalog yazarı, senaryoda yer alan karakterlerin, senaryodaki olay örgüsüne uygun olarak neleri söylemelerini belirleyen, karakterler arasındaki iletişimi oluşturan kişi olarak tanımlanabilir. Kanunda, senaryo yazarı ve diyalog yazarı ayrı kişiler olarak sayılmıştır ve uygulamada da genelde bu şekilde karşımıza çıkmaktadır. Diyalog yazarı FSEK. 8. maddesi uyarınca eser sahibi statüsüne haizdir⁶¹.

5. Özgün Müzik Bestecisi

Bir sinema eserine özgü, eserin hikayesine ve filmde geçen sahnelere uygun olarak bestelenen müzikleri yaratan kişilere “*özgün müzik bestecisi*” adı verilir ve bu kişiler de FSEK. m.8 uyarınca sinema eserinin ortak sahiplerindedir.⁶² Özgün ve özel olarak o film için üretilmemiş bir müzik eserinin eser sahipleri ile yapılacak olan özel lisans sözleşmeleri aracılığıyla kullanılması durumunda müzik eserinin sahipleri sinema eseri sahibi sayılmayacaktır.

B. Sinema Eserlerinde Bağlantılı Hak Sahipleri

1. Film Yapımcısının Hakları

Yapımcı, Türk Dil Kurumu Sinema ve Televizyon Terimleri Sözlüğü’nde “*Bir filmin çevrilişi ve işletilmesiyle ilgili tüm yönetsel ve parasal işlevi üstlenen, filmin anaparasını sağlayan kimse*” şeklinde tanımlanmıştır⁶³. Yapımcı, bir sinema eserinin yapımını yönetim ve finansal olarak üstlenen kimsedir. Sinema eseri için gerekli sermayeyi sağlar, film ekibini bir araya getirir ve başlangıcından tamamlanana kadar olan film yapım sürecinin tüm safhalarıyla ilgilenir⁶⁴.

Yapımın sağlanması için gerekli olan finansman ve riski üstlenmeleri dolayısıyla yapımcılara hukuki koruma sağlanması ihtiyacı bulunur. Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu kapsamında yapımcıya ilişkin tam anlamıyla bir tanım bulunmamaktadır. Nitekim bağlantılı hak sahiplerinin düzenlendiği FSEK. m.80/II’ hükmünde yer alan ifadeden yapımcının filmin ilk tespitini gerçekleştiren bağlantılı hak sahiplerinden biri olduğu sonucu çıkarılmaktadır. Bağlantılı hak korumasından yararlanmak suretiyle ilk tespiti yapan yapımcıdır. Yapımcının bağlantılı hak sahibi sayılması ve korunması bir sinema eserinin yapımını üstlenmesi ve ilk tespitini gerçekleştirmesine bağlıdır. Sinema eserinin ilk tespiti, filmin anlaşılabilir, çoğaltılabilir

⁶⁰ Bulut, s.87-88.

⁶¹ Bulut, s.88-89.

⁶² Kadıgil, s. 132-135.

⁶³ TDK., Bilim ve Sanat Terimleri Sözlüğü, Sinema ve Televizyon Terimleri Sözlüğü.

⁶⁴ Kadıgil, s. 155-172.

veyahut iletilebilecek nitelikte bir araca kaydedilmesi vasıtasıyla sağlanmaktadır. Film yapımcısının bağlantı haklarının koruma süresi ilk tespit yapıldığı tarihten itibaren 70 yıl olarak hükmedilmiştir. Bu hususun yanı sıra; yapımcının FSEK. 82. maddesi uyarınca Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olma veya Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde bulunma koşullarından birini sağlaması gerekmektedir. Yapımcı gerçek yahut tüzel kişi olabilir. Yapımcının gerçek kişi olduğu takdirde fiil ehliyetine haiz olması gerekir. Yapımcının hakları kullanabilmesi eser sahibi ve icracı sanatçıdan mali hakları devralması veya lisans sözleşmesi ile bu hakları kullanma yetkisini kazanmış olması koşuluna bağlıdır. Yapımcılara sadece mali haklar sağlanmış olup manevi hakları bulunmamaktadır. Sinema eser sahipleri, eserlerinin mali haklarını yapımcıya devrettikten sonra dublaj veyahut altyazı yazılmasına karşı çıkamazlar⁶⁵.

Film yapımcısı FSEK. 80/2 madde hükmü doğrultusunda aşağıda yer alan haklara sahiptir;

“(1) Eser sahibinin ve icracı sanatçının izni ile yapılan tespit, doğrudan veya dolaylı olarak çoğaltılması, dağıtılması, satılması, kiralanması ve kamuya ödünç verilmesi hususlarında izin verme veya yasaklama hakları münhasıran film yapımcısına aittir. Yapımcılar tespitlerinin işaret, ses ve/veya görüntü nakline yarayan araçlarla umuma iletimine ve yeniden iletimine izin verme hususunda münhasıran hak sahibidir.

(2) Film yapımcısı, yurt içinde henüz satışa çıkmamış veya başka yollarla dağıtılmamış film tespitlerinin aslının veya çoğaltılmış nüshalarının satış yoluyla veya diğer yollarla dağıtılması hususunda izin verme ve yasaklama hakkına sahiptir.

(3) Film yapımcısı, film tespitlerinin telli veya telsiz araçlarla satışı veya diğer biçimlerde umuma dağıtılmasına veya sunulmasına ve gerçek kişilerin seçtikleri yer ve zamanda tespitlerine ulaşılmasını sağlamak suretiyle umuma iletimine izin vermek veya yasaklamak hakkına sahiptir. Umuma iletim yoluyla tespitlerin dağıtım ve sunulması yapımcının yayma hakkını ihlal etmez.”

2. İcracı Sanatçıların Hakları

İcracı sanatçılar FSEK. m.80 hükmünde uyarınca *“Eser sahibinin manevi ve mali haklarına zarar vermemek kaydıyla ve eser sahibinin izniyle bir eseri özgün bir biçimde yorumlayan, tanıtan, anlatan, söyleyen, çalan ve çeşitli biçimlerde icra eden sanatçılar”* olarak tanımlanmıştır. FSEK. md 1b-k hükmüne göre icracı sanatçılar, komşu hak sahibi sayılmıştır. Eser Sahibinin Haklarına Komşu Haklar Yönetmeliği m. 4/b’ de icracı sanatçı, *“Sanat eserleri ile folklor eserlerini düzgün biçimde yorumlayan, tanıtan, anlatan, söyleyen, çalan ve çeşitli biçimlerde icra eden oyucuları, ses sanatçıları, müzisyenleri ve dansçıları vb. diğer kişiler”* olarak ifade edilmektedir Sinema eserlerinde icracı sanatçılar oyuncular, seslendirme yapan sanatçılar ve özgün müziği icra eden yorumculardır⁶⁶.

İcracı sanatçı ve sanatçı kavramı birbirinden farklı olup, sanatçı aynı zamanda icracı olabilirken, her sanatçı aynı zamanda icracı olmayabilir. İcracı sanatçılar yalnızca gerçek kişiler olabilir. Tüzel kişilerin icracı sanatçı olabilmesi mümkün değildir. İcracı sanatçı eseri yaratan kişi olarak değil, yorumlama, tanıtmaya, anlatma, söyleme, çalma suretiyle icra etme görevini üstlenir.

⁶⁵ Suluk/Karasu/Nal, s.125-126; Kaçmaz, s.10. Film Yapımcısının Hakları Hakkında Detaylı Bilgi için bkz. Kadıgil, s.155-172.

⁶⁶ Kaçmaz, s.32-33.

Her eserde icracı sanatçı olması gerekmez, nitekim icracı sanatçıdan söz edebilmek adına icraya ihtiyaç gösteren bir eserin varlığı gerekli nitelik arz eder. İcracı sanatçının bağlantılı hak elde edebilmesi noktasında icracı sıfatına haiz ve bu sıfatla icrada bulunması gerekmektedir. İcracı sanatçı eseri özgün bir şekilde icra etmelidir⁶⁷. İcracı sanatçıların Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu uyarınca ellerinde olan bir takım mutlak ve aslen iktisap ettikleri hakları bulunmaktadır. Bu kapsamda icracı sanatçıların söz konusu hakları elde edebilmeleri için, icrayı gerçekleştirmeleri ve icranın gerçekleştirebilmeleri için ise, eser sahibinden izin almaları zorunlu bir unsur teşkil eder. İcracı sanatçıların hakları eser sahibinkilerden ayrı ve bağımsız olup, üçüncü kişi komşu hakkı kullanmak istediğinde hem eser sahibinin hem de komşu hak sahibinin iznini almalıdır. İcra, mali haklardan temsil hakkının kullanılması niteliğinde olup, eseri temsil yoluyla kamuya sunanlar icracı sayılmaktadır⁶⁸.

İcracı Sanatçılar, FSEK. 80/1 madde hükmü doğrultusunda aşağıda yer alan haklara sahiptir;

“(1) İcracı sanatçılar, mali haklardan bağımsız olarak ve bu hakları devretmelerinden sonra dahi, tespit edilmiş icraları ile ilgili olarak uygulama şartlarının gerektirdiği durumlar hariç, icralarının sahibi olarak tanıtılmalarını ve icralarının kendi itibarlarını zedeleyebilecek şekilde tahrif edilmesi ve bozulmasının önlenmesini talep etme hakkına sahiptirler.

(2) Bir eseri, sahibinin izniyle özgün bir biçimde yorumlayan icracı sanatçı, bu icranın tespit edilmesine, bu tespitin çoğaltılmasına, satılmasına, dağıtılmasına, kiralanmasına ve ödünç verilmesine, işaret, ses ve/veya görüntü nakline yarayan araçlarla umuma iletimine ve yeniden iletimine ve temsiline izin verme veya yasaklama hususunda münhasıran hak sahibidir.

(3) İcracı sanatçı, yurt içinde henüz satışa çıkmamış veya başka yollarla dağıtılmamış tespit edilmiş icralarının, aslı veya çoğaltılmış nüshalarının satış yoluyla veya diğer yollarla dağıtılması hususunda izin verme veya yasaklama hakkına sahiptir.

(4) İcracı sanatçı, tespit edilmiş icrasının veya çoğaltılmış nüshalarının telli veya telsiz araçlarla satışı veya diğer biçimlerde umuma dağıtımına veya sunulmasına ve gerçek kişilerin seçtikleri yer ve zamanda icrasına ulaşılmasını sağlamak suretiyle umuma iletimine izin vermek veya yasaklamak hakkına sahiptir. Umuma iletim yoluyla, icraların dağıtım ve sunulması icracı sanatçının yayma hakkını ihlal etmez.

(5) İcracı sanatçılar bu haklarını uygun bir bedel karşılığında sözleşme ile yapımcıya devredebilirler.

(6) İcranın, bir orkestra, koro veya tiyatro grubu tarafından gerçekleştirilmesi halinde, orkestra veya koroda yalnız şefin, tiyatro grubunda ise yalnız yönetmenin izni yeterlidir.

(7) Bir müteşebbisin girişimi ile ve bir sözleşmeye dayanılarak gerçekleştirilen icralar için müteşebbisin de izninin alınması gereklidir.”

İcracı sanatçıların mali haklarının, icra tarihinden itibaren 70 yıllık süreye tabiidir. Nitekim bu süre içerisinde icranın hukuk uygun olarak yayınlanmış ya da umuma iletilmiş olması halinde,

⁶⁷ Kılıçoğlu, s. 225-227.

⁶⁸ Bulut, s.102-108.

önce gerçekleşenin tarihinden itibaren 70 yıl olacaktır. Manevi haklar bakımından ise, icracı sanatçının yaşamı boyunca ve ölümünden sonra en az 70 yıl olacağı düzenlenmiştir.

3. Radyo ve Televizyon Kuruluşlarının Hakları

Yayın kuruluşları, fikri çaba ile oluşan ve emek, zaman, sermaye ve personel ile hazırlanan yayınları kişilere iletim görevini gerçekleştirir. İfa ettiği bu görev neticesinde üstlendiği yasal sorumluluk, yayına yapılan yatırım ve alınan riskler ile karşı karşıya kalan yayın kuruluşlarını da korunmanın gerekli bir hal alması dolayısıyla birtakım haklar tanınmıştır. Radyo ve televizyon kuruluşları FSEK. m.18/2 hükmü dolayısıyla, eser üzerinde, bağlantılı hak sahibi olarak değil, eser sahibine ait hakları veya kullanım haklarını devir alan konumunda da olabilir⁶⁹.

Yayın kuruluşunun yayını bizzat üretmiş olması gereklilik arz etmemektedir. Yayının konusunun evvelen mevcut ve korunan bir eser olmasının, programın yayına hazırlanış tarzının da bir önemi bulunmamaktadır. Yayın kuruluşunun, personeline hazırlattığı senaryo ve oyuncularına icra ettirdiği bir dizide durum bu şekilde olacak ve eser sahibine ait hakları ya da hakkın lisansını almış olabilecektir. Yayın kuruluşlarının bağlantılı hak sahibi olması, eser sahiplerinin izniyle onların eserlerine ilişkin programları yayımlamaları durumunda söz konusu olur⁷⁰.

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu 82/3-4 hükmü uyarınca radyo-televizyon yayınlarıyla ilgili hükümleri; Merkezleri Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde olan veya Türkiye Cumhuriyeti sınırları içindeki yansıtıcı ile yayınlanan, Radyo-televizyon programlarına uygulanacaktır. Radyo TV programı, 3. Fıkra koşullarını sağlamasa bile, Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası anlaşma uyarınca korunan bir kuruluş ise, bağlantılı haktan yararlanacaktır. Radyo ve televizyonların bağlantılı hak sahibi olmasına ilişkin, Roma Anlaşması md.13, TRİPS md. 14 gibi uluslararası düzenlemeler de bulunmaktadır. Yayın kuruluşları için manevi bir hak tanınmamış olup, tanınan haklar mali haklardır. Söz konusu haklar münhasır niteliktedir. Haklara ilişkin süreler ise, yayının ilk iletim tarihinden 70 yıl geçmekle son bulacağı ifade edilmiştir⁷¹.

Radyo-Televizyon kuruluşları; FSEK. 80/3 madde hükmü doğrultusunda;

“(1) Yayınlarının tespit edilmesine, diğer yayın kuruluşlarınca eş zamanlı iletimine, gecikmeli iletimine, yeniden iletimine, uydu veya kablo ile dağıtımına izin verme veya yasaklama,

(2) Özel kullanımlar hariç olmak üzere, yayınlarının herhangi bir teknik veya yöntemle, doğrudan veya dolaylı bir şekilde çoğaltılmasına ve dağıtımına izin verme veya yasaklama,

(3) Yayınlarının umuma açık mahallerde iletiminin sağlanmasına izin verme veya yasaklama,

(4) Tespit edilmiş yayınlarının, gerçek kişilerin seçtikleri yer ve zamanda yayınlarına ulaşılmasını sağlamak suretiyle umuma iletimine izin verme,

⁶⁹ Bulut, s. 108-110.

⁷⁰ Bulut, s. 108-110; Kılıçoğlu, s.229-231.

⁷¹ Bulut, s. 108-110; Kılıçoğlu, s.229-231.

(5) Haberleşme uyduları üzerindeki veya kendilerine yöneltilmiş olan yayın sinyallerinin diğer bir yayın kuruluşu veya kablo operatörü veya diğer üçüncü kişiler tarafından umuma iletilmesi ve şifreli yayınlarının çözülmesine ilişkin izin verme veya yasaklama,

hususlarında münhasıran hak sahibidirler.”

VIII. SİNEMA ESERLERİNDEN DOĞAN HAKLAR VE KORUNMASI

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu 13. maddesi uyarınca “*Fikir ve sanat eserleri üzerinde sahiplerinin mali ve manevi menfaatleri bu kanun dairesinde himaye görür. Eser sahibine tanınan hak ve salahiyetler eserin bütününe ve parçalarına şamildir.*” şeklinde ifade edilmesi suretiyle eser üzerinde hak sahiplerinin manevi haklarının ve mali haklarının işbu Kanun hükümleri ile korunacağını belirtmiştir.⁷² Bu bölümde sinema eserlerinin hak sahipliğinden ötürü sahip olunan haklar manevi ve mali haklar olarak iki bölümde ele alınacaktır.

A. Manevi Haklar

Manevi haklar, eser sahibinin kişiliği ve maneviyatıyla alakalı olan boyutu ele alan ve eser sahibinin eserin yaratımı sırasında kişiliği ile eseri arasında oluşan bağın korunmasını amaçlamaktadır. Eser sahibinin manevi hakları, mutlak haklardan olup eserin yaratımına bağlı ortaya çıkmaktadır. Kişiye bağlı olan manevi haklar kapsamında değerlendirilen menfaat ve yetkilerin üçüncü kişilere devri kural olarak mümkün değildir. Bern Sözleşmesi 6. Mükerrer maddesinde, eser sahibinin mali haklarından bağımsız olarak ve bu hakların devrinden sonra dahi, eseri üzerindeki sahipliğini ileri sürmek ve eserin her türlü tahrifine, bozulmasına veya diğer değişikliklerine veya şeref veya itibarına zarar verebilecek her türlü küçük düşürücü fiillere itiraz etme hakkına sahip olacağı düzenlenmiştir.⁷³

1. Umuma Arz Hakkı (FSEK. m.14)

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu m.14/1 hükmüne göre “*Bir eserin umuma arz edilip edilmemesini, yayımlanma zamanını ve tarzını münhasıran eser sahibi tayin eder.*” Bu düzenleme ile eser sahibinin bu hususta “*mutlak*” ve “*münhasır*” yetkisinin olduğuna işaret edilmektedir.⁷⁴ Eser umuma arz ile birlikte eser sahibinin özel alanından çıkararak kamuya sunulmaktadır.⁷⁵ Bu kapsamda umuma arz yayımlanma, sahneye konulma, mikrofonla sunulma, radyo ve televizyonda veyahut internet ortamında yayımlama şeklinde gerçekleşebilir.

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu m.14/2 hükmüne göre “*Bütünü veya esaslı bir kısmı alenileşmemiş olan yahut ana hatları herhangi bir suretle henüz umuma tanıtılmıyan bir eserin muhtevası hakkında ancak o eserin sahibi malumat verebilir*” Doktrinde eserin umuma arzı ile ilgili lisans alan kimsenin de FSEK. m.14/2 kapsamında malumat verebileceği ifade edilmektedir.⁷⁶

⁷² Yücel, Mehmet. “Fikir ve Sanat Eserleri Kanununa Göre Eser Türleri ve Eser Sahiplerinin Hakları”, *Fikri ve Sınai Haklar Dergisi*, S.50, C.13. 2017, s.337.

⁷³ Bulut, s. 114-115; Yücel, s. 337.

⁷⁴ Arbek, Ömer. *Fikir ve Sanat Eserlerine İlişkin Lisans Sözleşmesi*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2005, s.135-136; Suluk, Cahit/ Karasu, Rauf / Nal, *Temel Fikri Mülkiyet Hukuku*, Güncellenmiş 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2018, s.85.

⁷⁵ Arbek, s.136; Suluk/Karasu/Nal, 2. Baskı, s.85.

⁷⁶ Arbek, s.132.

Umuma arz yetkisi, eserin umuma arz edilip edilmeyeceği, arz edilecekse eserin yayımlanma zamanı ve sunum biçimi hususlarını içermektedir. Eserin umuma arzı veya arz edilme biçimi eser sahibinin şeref ve itibarını zedeleyecek nitelikte ise, eser sahibi başkasına yazılı izin vermiş olsa dahi eserin aslının ya da işlenmiş şeklinin tanıtılmasını ya da yayımlanmasını men edebilmektedir. Menetme yetkisinden sözleşme ile vazgeçmek hükümsüzdür ancak diğer tarafın tazminat hakkı saklıdır. (FSEK. m.14/III)

2. Eser Sahibi Olarak Belirtme Hakkı (FSEK. m.15)

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu m.15/1 hükmüne göre “*Eseri, sahibinin adı veya müstear adı ile yahut adsız olarak, umuma arz etme veya yayımlama hususunda karar vermek salahiyeti munhasıran eser sahibine aittir.*” Eser sahibinin, eserde adının belirtilmesini istemesinin kendisinin şahsi ve fikri menfaatleri açısından önem arz ettiği ifade edilmektedir⁷⁷. Eser sahibi bu yönde bir talepte bulunmasa da isminin belirtilmesi (aksi yönde bir irade açıklaması olmadıkça) gerekir⁷⁸. Eser sahibinin isminin belirtilmesi hakkı sadece eser üzerinde değil eserin kullanıldığı diğer araçlarda açısından da geçerlidir⁷⁹.

Eserin türü göz önünde bulundurularak, olağan ve alışlagelmiş usullere uygun olarak eser üzerinde adın belirtilmesi gerekir⁸⁰.

Eserin, eser sahibi tarafından isimsiz olacak biçimde umuma arzı sağlanmışsa, eser sahibinin hukuki koruma imkanlarından yararlanabilmesi için eserin kendisine ait olduğunu ispat etmesi gerekir⁸¹. Bu durumda veya eseri kimin meydana getirdiği hususunda uyuşmazlık olması durumunda, mahkemeden tespit istenebilir. (FSEK., m.15/3)

Bir eserden çoğaltma yolu ile kopyalarda ya da bir işleme eserin aslı veya çoğaltılmış nüshalarında da eser sahibinin adı ve eserin kopya veya işleme eser olduğu açıkça gösterilmelidir. (FSEK m.15/2)

3. Eserin Bütünlüğünü Koruma Hakkı (FSEK. m.16)

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu m.16/1 hükmüne göre “*Eser sahibinin izni olmadıkça eserde veyahut eser sahibinin adında kısaltmalar, ekleme ve başka değiştirmeler yapılamaz*” Esere yönelik olarak FSEK. m.16’da belirtilen müdahaleler doğrudan ya da dolaylı olarak meydana gelebilir⁸².

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu m.16/2 hükmü uyarınca “*Kanunun veya eser sahibinin müsaadesiyle bir eseri işliyen, umuma arzeden, çoğaltan, yayımlayan, temsil eden veya başka bir suretle yayan kimse; işleme, çoğaltma, temsil veya yayım tekniği icabı zaruri görülen değiştirmeleri eser sahibinin hususi bir izni olmaksızın da yapabilir.*” Kanunda bahsedilen zorunluluk olgusunun her somut olay bakımından irdelenmesi gerekir. Eser sahibinin eserin

⁷⁷ Suluk/Karasu/Nal, 2. Baskı, s.86.

⁷⁸ Suluk/Karasu/Nal, 2. Baskı, s.86.

⁷⁹ Arbek, s.132.

⁸⁰ Suluk/Karasu/Nal, 2. Baskı, s.86.

⁸¹ Arbek, s.134.

⁸² Suluk/Karasu/Nal, 2. Baskı, s.87.

bütünlüğünü koruma hususundaki çıkarı ile hüküm kapsamındaki diğer tarafın yaptığı değişiklikteki çıkarının karşılaştırılarak bir karar verilmesi gerekir⁸³.

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu m.16/3 hükmüne göre “*Eser sahibi kayıtsız ve şartsız olarak yazılı izin vermiş olsa bile şeref ve itibarını zedeleyen veya eserin mahiyet ve hususiyetlerini bozan her türlü değiştirilmeleri menedebilir. Menetme yetkisinden bu hususta sözleşme yapılmış olsa bile vazgeçmek hükümsüzdür.*”

4. Eserin Aslına Ulaşma Hakkı (FSEK. m.17/1)

Eser sahibi gerekli olduğu hallerde eserlerin aslından geçici bir süre yararlanmak için eserin aslını elinde bulunduran malik veya zilyetten talep edebilir. (FSEK. m.17/I) FSEK. m.17 deki düzenlemeden hareketle bu hakkın sadece yağlı ve sulu boya tablolar, heykeller gibi 4. maddenin birinci ve ikinci bentlerinde sayılan güzel sanat eserlerinde, roman ve şiir gibi 2. maddenin birinci bendinde sayılan ve el yazısıyla yazılmış eserlerde ve el yazısıyla yazılmış musiki eserlerinde geçerli olduğu ifade edilmektedir⁸⁴.

5. Eseri Tahrip Etmeyi Önleme Hakkı (FSEK. m.17/2)

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu m.17/2 hükmüne göre “*Aslın maliki, eser sahibi ile yapmış olduğu sözleşme şartlarına göre eser üzerinde tasarruf edebilir. Ancak eseri bozamaz ve yok edemez ve eser sahibinin haklarına zarar veremez.*” Burada esasen kanun koyucu asla malik olan kimsenin mülkiyet hakkına eser sahibi açısından bir sınırlandırma getirmiştir⁸⁵. Tahrip eserde bir değişiklik yapılmasının türü olarak değerlendirilmekte, bu madde kapsamında korunması için, esere doğrudan ya da dolaylı bir müdahale olup olmadığı, bir müdahale müdahalenin eser sahibinin onurunu ve saygınlığını zedeleyip zedelediği veyahut eserin bütünlüğüne ve hususiyetine zarar verip vermediği ve aslın maliki ile eser sahibinin çıkarları mukayese edilerek sonuca varılması gerektiği ifade edilmektedir⁸⁶.

6. Sergileme (Teşhir) Hakkı (FSEK. m.17/3)

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu m.17/3 hükmüne göre “*Eserin tek ve özgün olması durumunda eser sahibi, kendisine ait tüm dönemleri kapsayan çalışma ve sergilerde kullanmak amacıyla, koruma şartlarını yerine getirerek iade edilmek üzere eseri isteyebilir.*” Doktrinde malikin somut olayın şartlarına göre haklı birtakım gerekçelere sahip olması durumunda bu talebi reddedebileceği ifade edilmektedir⁸⁷.

B. Mali Haklar

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 20. maddesi uyarınca “*Henüz alenileşmemiş bir eserden her ne şekilde ve tarzda olursa olsun faydalanma hakkı münhasıran eser sahibine aittir. Alenileşmiş bir eserden eser sahibine münhasıran tanınan faydalanma hakkı, bu Kanunda mali hak olarak gösterilenlerden ibarettir. Mali haklar birbirine bağlı değildir. Bunlardan birinin tasarrufu ve kullanılması diğerine tesir etmez. Bir işlenmenin sahibi, kendisine bu sıfatla tanınan*

⁸³ Suluk/Karasu/Nal, 2. Baskı, s.87.

⁸⁴ Suluk/Karasu/Nal, 2. Baskı, s.89.

⁸⁵ Suluk/Karasu/Nal, 2. Baskı, s.89.

⁸⁶ Suluk/Karasu/Nal, 2. Baskı, s.89-90.

⁸⁷ Suluk/Karasu/Nal, 2. Baskı, s.89.

mali hakları, işleme hususunun serbest olduğu haller dışında, asıl eser sahibinin müsaade ettiği nispette kullanılabilir.” hükmüne yer vermiştir. Mali haklar, eserden ekonomik yararlanmayı ifade eden haklar olup manevi haklar gibi numerus clausus olarak sayılmıştır.

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’nun 20. maddesinin ilk cümlesi doğrultusunda henüz alenileşmemiş bir eserden yararlanma hakkının münhasıran eser sahibine ait olacağını düzenlenmiştir. Devamında ise, alenileşmiş eser üzerinde sahibinin yararlanma hakkının Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’nda ifade edilen mali haklardan ibaret olduğunu belirtilmiştir. Buradan çıkan sonuç, mali hakların sadece alenileşmiş olan eserlerde söz konusu olduğudur. Doktrinde, alenileşme şartının maddi ve manevi haklar yönünden söz konusu olup olmadığına yönelik tartışmalar bulunmaktadır⁸⁸.

Mali haklar FSEK. md.49 uyarınca devredilebilirler. Öğretide bu hakların kiralanması, ödünç verilmesi, rehin edilebilmesi, hacedilebilmesinin de mümkün olduğu ifade edilmiştir. Mali haklar bağlamında FSEK. md.20/1 hükmünde birbirine bağlı olmayıp, biri üzerinde yapılan bir tasarruf, diğerini etkilemediği ifade edilmiştir. Hüküm uyarınca mali haklar birbirinden bağımsız olup bir tanesinin devredilmesi bir diğerinin de devredildiği anlamına gelmemektedir⁸⁹.

1. İşleme Hakkı (FSEK. m.21)

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu m.21 hükmüne göre; *“Bir eserden, onu işlemek suretiyle faydalanma hakkı münhasıran eser sahibine aittir.”* İşleme, fikir ve sanat eserlerinde uygulamada en çok başvurulan ekonomik yararlanma yollarından biri olarak karşımıza çıkmaktadır zira bu sayede toplumun farklı beklentilerine cevap verebilme olanağı sağlamaktadır⁹⁰. Şahsi kullanım amacı ile işleme, bilgisayar programları bakımından getirilen özel düzenlemeler bir tarafa bırakılırsa kural olarak serbesttir⁹¹.

Fikir ve sanat eserlerinin işlenmesi Kanun temelli (FSEK. m.31, 34) olabilir ya da sözleşme ile bu yetki sağlanmış olabilir; bu sözleşmede çoğunlukla lisans sözleşmesidir⁹². Eğer eser sahibi tarafından bir işleme yetkisi verilmişse, işleyen eser sahibinin kendisine tanıdığı sınırlara bağlı olarak işlediği eseri kullanabilecektir⁹³. İşleme eser sahibi, eser üzerindeki haklarını hem üçüncü kişilere hem de asıl eser sahibine karşı kullanabilir⁹⁴.

2. Çoğaltma Hakkı (FSEK. m.22)

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu m.22/1 hükmüne göre *“Bir eserin aslını veya kopyalarını, herhangi bir şekil veya yöntemle, tamamen veya kısmen, doğrudan veya dolaylı, geçici veya sürekli olarak çoğaltma hakkı münhasıran eser sahibine aittir.”*

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu m.22/2 hükmüne göre *“Eserlerin aslından ikinci bir kopyasının çıkarılması ya da eserin işaret, ses ve görüntü nakil ve tekrarına yarayan, bilinen ya da ileride geliştirilecek olan her türlü araca kayıt edilmesi, her türlü ses ve müzik kayıtları ile*

⁸⁸ Bulut, s.127-128.

⁸⁹ Bulut, s.128-129.

⁹⁰ Arbek, s.140.

⁹¹ Suluk/Karasu/Nal, 2. Baskı, s.90.

⁹² Arbek, s.140.

⁹³ Suluk/Karasu/Nal, 2. Baskı, s.90.

⁹⁴ Suluk/Karasu/Nal, 2. Baskı, s.91.

mimarlık eserlerine ait plan, proje ve krokilerin uygulanması da çoğaltma sayılır. Aynı kural, kabartma ve delikli kalıplar hakkında da geçerlidir.”

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu m.22/3 hükmüne göre “Çoğaltma hakkı, bilgisayar programının geçici çoğaltılmasını gerektirdiği ölçüde, programın yüklenmesi, görüntülenmesi, çalıştırılması, iletilmesi ve depolanması fiillerini de kapsar.”

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu açısından çoğaltmanın esaslı unsurları “bir eserin fiziksel ortama tespiti” ve “eserin herhangi bir şekilde algılanabilir olması” şeklinde ifade edilmektedir. Çoğaltma açısından ise “çoğaltılan nüshanın adedi”, “eserin dolaylı şekilde algılanabilmesi”, “çoğaltmanın türü ve tarzı”, “çoğaltmanın biçimi” ve “çoğaltmanın süresi”nin önem arz etmeyen hususlar olduğu belirtilmektedir⁹⁵.

3. Yayma Hakkı (FSEK. m.23)

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu m.23/I hükmüne göre “Bir eserin aslını veya çoğaltılmış nüshalarını, kiralamak, ödünç vermek, satışa çıkarmak veya diğer yollarla dağıtmak hakkı münhasıran eser sahibine aittir.”

Yayma işlemi genelde çoğaltma işleminin akabinde gerçekleşmektedir ancak yayma işleminin yapılması için öncelikle çoğaltma işleminin yapılması da şart değildir⁹⁶. Yayma işlemi ile kast edilenin eserin fiziken piyasaya sürülmesi olduğu ifade edilmektedir⁹⁷. Yayma işleminin birden çok nüsha ile gerçekleştirilmesi şart değildir, tek bir nüsha da yayımlanabilir⁹⁸. Kanunda bahsedilen yayımın yapılmasına ilişkin işlemler sınırlı sayıda değildir, örnek olarak gösterilmiştir⁹⁹.

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu m.23/II hükmüne göre “Eser sahibinin izniyle yurt dışında çoğaltılmış nüshaların yurt içine getirilmesi ve bunlardan yayma yoluyla faydalanma hakkı münhasıran eser sahibine aittir. Yurt dışında çoğaltılmış nüshalar her ne surette olursa olsun eser sahibinin ve/veya eser sahibinin iznini haiz yayma hakkı sahibinin izni olmaksızın ithal edilemez. Kiralama ve kamuya ödünç verme yetkisi eser sahibinde kalmak kaydıyla, belirli nüshaların hak sahibinin yayma hakkını kullanması sonucu mülkiyeti devredilerek ülke sınırları içinde ilk satışı veya dağıtım yapıldıktan sonra bunların yeniden satışı eser sahibine tanınan yayma hakkını ihlal etmez.”

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu m.23/III hükmüne göre “Bir eserin veya çoğaltılmış nüshalarının kiralanması veya ödünç verilmesi şeklinde yayımı, eser sahibinin çoğaltma hakkına zarar verecek şekilde, eserin yaygın kopyalanmasına yol açamaz. Bu maddenin uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar Kültür Bakanlığınca hazırlanacak bir yönetmelikle düzenlenir.”

⁹⁵ Suluk/Karasu/Nal, 2. Baskı, s.91-92.

⁹⁶ Suluk/Karasu/Nal, 2. Baskı, s.94; Arbek, s.41.

⁹⁷ Suluk/Karasu/Nal, 2. Baskı, s.94.

⁹⁸ Suluk/Karasu/Nal, 2. Baskı, s.94.

⁹⁹ Arbek, s.41.

Kiralama bir eserin nüshalarının belirli bir ivaz karşılığında belirli bir süre kullanabilmesi amacıyla üçüncü kişiye verilmesi anlaşılmakta iken, ödünçte ise ivazsız olarak bu işlem gerçekleşmekte ve ödünç verme kavramı ile “kamuya ödünç verme”ye işaret edilmektedir¹⁰⁰.

4. Temsil Hakkı (FSEK. m.24)

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu m.24/1’e göre “Bir eserden, doğrudan doğruya yahut işaret, ses veya resim nakline yarayan aletlerle umumi mahallerde okumak, çalmak, oynamak ve göstermek gibi temsil suretiyle faydalanma hakkı münhasıran eser sahibine aittir.” Bu hak iki şekilde bir başka kimse tarafından da kullanılabilir: Eser sahibinin temsil hakkını devri halinde (FSEK. m.48/I) ve lisans sözleşmesi ile bu hususta bir başka kimseye lisans hakkı sağlanması durumunda¹⁰¹.

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu m.24/2’ye göre “Temsilin umuma arzedilmek üzere vukubulduğu mahalden başka bir yere herhangi bir teknik vasıta ile nakli de eser sahibine aittir.”

Doktrinde temsil ile ilgili “dolaylı temsil” ve “doğrudan temsil” ayrımı da yapılmaktadır. Örneğin bir tiyatronun sahnelenmesi biçiminde gerçekleşen eylem doğrudan temsile örnek gösterilmektedir. Dolaylı temsile örnek olarak da FSEK. m.24/1’de yer alan “bir eserin işaret, ses veya resim nakline yarayan aletlerle umuma gösterilmesi” ve FSEK. m.24/2 hükmünde yer alan “temsilin umuma arz edilmek için meydana geldiği yerden başka bir yere bir teknik vasıta ile nakli” gösterilmektedir¹⁰². FSEK. m.24/1 hükmündeki temsil “tekrarlanabilir olma” özelliğine sahipken, FSEK. m.24/2 hükmündeki temsil bu özelliğe sahip değildir¹⁰³. Eser sahibi temsil hakkını devrediyorsa (FSEK. m.48/1), aksi sözleşmede ifade edilmedikçe bu devir sadece doğrudan temsili kapsar¹⁰⁴.

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu m.24/3’e göre “Temsil hakkı; eser sahibinin veya meslek birliğine üye olması halinde, yetki belgesinde belirttiği yetkiler çerçevesinde meslek birliğinin yazılı izni olmadan, diğer gerçek ve tüzelkişilerce kullanılamaz. Ancak, 33 üncü ve 43 üncü maddelerdeki hükümler saklıdır.”

5. Yayın Yolu ile Umuma İletim ve Dijital Ortamda Umuma Erişimi Sağlama Hakkı (FSEK. m.25)

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu m.25/1 hükmüne göre “Bir eserin aslını veya çoğaltılmış nüshalarını, radyo-televizyon, uydu ve kablo gibi telli veya telsiz yayın yapan kuruluşlar vasıtasıyla veya dijital iletim de dahil olmak üzere işaret, ses ve/veya görüntü nakline yarayan araçlarla yayınlanması ve yayınlanan eserlerin bu kuruluşların yayınlarından alınarak başka yayın kuruluşları tarafından yeniden yayınlanması suretiyle umuma¹⁰⁵ iletilmesi hakkı münhasıran eser sahibine aittir.”

¹⁰⁰ Suluk/Karasu/Nal, 2. Baskı, s.95.

¹⁰¹ Arbek, s.142.

¹⁰² Suluk/Karasu/Nal, 2. Baskı, s.98-99.

¹⁰³ Suluk/Karasu/Nal, 2. Baskı, s.99.

¹⁰⁴ Suluk/Karasu/Nal, 2. Baskı, s.99.

¹⁰⁵ Alman Telif Yasası m.15/3: “Umum bir eseri kullanan ve bu eseri algılayabilen ya da erişebilen kişi veya kişilerle şahsi bir ilişkisi ya da bağlantısı bulunmayan kişilerdir.” Daha detaylı açıklama için bkz., Suluk/Karasu/Nal, 2. Baskı, s.96 vd.

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu m.25/2'e göre "*Eser sahibi, eserinin aslı ya da çoğaltılmış nüshalarının telli veya telsiz araçlarla satışı veya diğer biçimlerde umuma dağıtılmasına veya sunulmasına ve gerçek kişilerin seçtikleri yer ve zamanda eserine erişimini sağlamak suretiyle umuma iletimine izin vermek veya yasaklamak hakkına da sahiptir.*" "*Gerçek kişilerin seçtikleri yer ve zamanda eserine erişimini sağlamak suretiyle umuma iletimine izin vermek veya yasaklamak hakkı*" dijital ortamda umuma erişimi sağlama hakkını ifade etmektedir¹⁰⁶.

IX. HAKLARIN KORUNMASI

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu, manevi ve maddi hakların korunması hususunda genel anlamıyla iki farklı koruma yöntemi öngörmüştür. Bu doğrultuda hukuk davaları FSEK. m.66 ila 70, ceza davaları FSEK. m.71 ila 75 arasında düzenlenmiştir. Eser sahibinin açabileceği hukuk davaları olarak ise Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda, "*tecavüzün ref'i davası*" (m.66-68), "*tecavüzün men'i davası*" (m.69) ve "*tazminat davası*" (m.70) olarak üç farklı dava türü öngörülmüştür¹⁰⁷. Ayrıca FSEK. m.15/3 hükmüne göre "*Bir eserin kimin tarafından vücuda getirildiği ihtilaflı ise yahut herhangi bir kimse eserin sahibi olduğunu iddia etmekte ise, hakiki sahibi, hakkının tesbitini mahkemeden isteyebilir.*"

SONUÇ

Hukuk düzeni ekseninde yapılacak değerlendirme doğrultusunda sinema eserleri, 2 Ekim 1992 tarihli "*Sinematografik Ortak Yapım Üzerine Avrupa Sözleşmesi*" kapsamında, Sözleşme'nin üçüncü maddesine göre "*Sinematografik Çalışma*" teriminin; "*sinemalarda gösterilmek üzere tasarlanmış ve her bir Tarafın yürürlükteki film endüstrisini düzenleyen şartlarına uyan özellikle film (fiction), çizgi film ve belgesellerin sinematografik çalışmaları, orta veya herhangi bir uzunluktaki bir çalışma*" anlamında kullanılacağı belirtilmiştir. Türkiye'nin de taraf olduğu Bern Sözleşmesi'ne göre ise "*sinema eseri*" sözleşmenin ikinci maddesi uyarınca; "*Sinema tekniğine benzer bir yöntemle elde edilen sinematografik eserler*" olarak ifade edilmiş olmakla beraber sinema eserinin konusu, içeriği, şekli veyahut amacına ilişkin herhangi bir ölçüte yer verilmemiştir.

Türk Hukukunda sinema eseri, FSEK. 5 madde uyarınca "*her nevi bedii, ilmi, öğretici veya teknik mahiyette olan veya günlük olayları tespit eden filmler veya sinema filmleri gibi, tespit edildiği materyale bakılmaksızın, elektronik veya mekanik veya benzeri araçlarla gösterilebilen, sesli veya sessiz, birbiriyle ilişkili hareketli görüntüler dizisi*" şeklinde hüküm altına alınmıştır.

Sinema eserleri birden çok kişinin yaratıcı emeği ile ortaya çıkmaktadır. FSEK. 8. maddesi bu hususu, "*Sinema eserlerinde yönetmen, özgün müzik bestecisi, senaryo yazarı ve diyalog yazarı, eserin birlikte sahibidirler. Canlandırma tekniğiyle yapılmış sinema eserlerinde, animatör de eserin birlikte sahipleri arasındadır.*" diyerek sinema eserine fikrî çabasıyla katkıda bulunan kişileri, eser sahibi olarak göstermiştir. Öğretide bu birlikteliğin iştirak, müşterek ve sui generis bir birliktelik olduğu konusunda çeşitli görüşler mevcuttur.

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu 13. maddesi uyarınca "*Fikir ve sanat eserleri üzerinde sahiplerinin mali ve manevi menfaatleri bu kanun dairesinde himaye görür. Eser sahibine tanınan*

¹⁰⁶ Suluk/Karasu/Nal, 2. Baskı, s.100.

¹⁰⁷ Yücel, s.337.

hak ve salahiyetler eserin bütününe ve parçalarına şamildir.” şeklinde ifade edilmesi suretiyle eser üzerinde hak sahiplerinin manevi haklarının ve mali haklarının işbu Kanun hükümleri ile korunacağını belirtmiştir.

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu, manevi ve maddi hakların korunması hususunda genel anlamıyla iki farklı koruma yöntemi öngörmüştür. Bu doğrultuda hukuk davaları FSEK. m.66 ila 70, ceza davaları FSEK. m.71 ila 75 arasında düzenlenmiştir. Eser sahibinin açabileceği hukuk davaları olarak ise Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’nda, “*tecavüzün ref’i davası*” (m.66-68), “*tecavüzün men’i davası*” (m.69) ve “*tazminat davası*” (m.70) olarak üç farklı dava türü öngörülmüştür. Ayrıca FSEK. m.15/3’te tespit davasından söz edilmiştir.

KAYNAKÇA

- Arbek, Ömer. Fikir ve Sanat Eserlerine İlişkin Lisans Sözleşmesi, Yetkin Yayınları, Ankara, 2005.
- Arıkan, Mustafa. “Fikri Mülkiyet Hukukunda Televizyon Program Formatlarının Korunması”, Selçuk Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı, Doktora Tezi Özeti, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.17, S.2, 2009, İstanbul 2009, s.129-170.
- Ateş, Mustafa. “Fikir ve Sanat Eserlerinin Kamuya Sunulması: Alenileşmemiş ve Yayınlanmamış Eserler Fikri Hukuka Göre Korunamaz Mı?.”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, S.23, C.3, 2006, s.227-253.
- Bozbel, Savaş. Fikri Mülkiyet Hukuku, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, Eylül 2015.
- Bulut, Beste. Sinema Eserlerinde Hak Sahipliği, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2020.
- Erel, Şafak N. “Fikri Hukuk Açısından Müzik Klipleri”, Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, C.6, S.1, 2006, s.55-62.
- Gümüş, Mustafa Alper. Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 2.B., İstanbul, 2017.
- Günaydın, Ömer. “Sinema Eserlerindeki Karakterler ve Korunması”, Terazi Hukuk Dergisi, C.12, S.128, Nisan 2017, s.98-115.
- Hirş, Ernst. “Bern Sözleşmesi.” Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S.7, C.1, 1950, s.13-145. DergiPark, <https://dergipark.org.tr/tr/pub/auhfd/issue/42974/520289>. Erişim Tarihi:05.11.2020.
- Kaçmaz, Mine. Sinema Eserlerinde İracı Oyuncu Sözleşmesi (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2019.
- Kadıgil, Saliha Sera. Sinema Eserleri ve Sinema Eserlerinde Hak Sahipleri (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2010.
- Kılıçoğlu, Ahmet M. Sınai Haklarla Karşılaştırmalı Fikri Haklar, 6.Baskı, Ankara, 2020.
- Özkan, Gizem. Sinema Eserlerinde Eser Sahibi ve Hakları (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2015.
- Suluk, Cahit/ Karasu, Rauf / Nal, Temel. Fikri Mülkiyet Hukuku, Güncellenmiş 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2018. (2. Baskı)
- Suluk, Cahit/Karasu, Rauf/Nal, Temel. Fikri Mülkiyet Hukuku, 4.Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2020.

Suluk, Cahit/ Orhan, Ali. Uygulamalı Fikri Mülkiyet Hukuku II: Genel Esaslar Fikir ve Sanat Eserleri, C.2, İstanbul, 2005 (Uygulamalı).

Sür, Pınar. Sinema Eserleri ve Sinema Eser Sahipliğinden Doğan Haklar (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Kadir Has Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2012.

Tosun, Yalçın. Sinema Eserleri ve Eser Sahibinin Hakları (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2008.

Yaşasın, Ali. “Sinema Eserleri ve Sinema Eserleri Üzerindeki Hak Sahipleri.” Fikri ve Sınai Haklar Dergisi, C.12, S.47, 2016, s.887-928. EBSCOhost, search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&AuthType=sso&db=edslgo&AN=edslgo.2459&site=eds-live. Erişim Tarihi: 05.11.2020

Yücel, Mehmet. “Fikir ve Sanat Eserleri Kanununa Göre Eser Türleri ve Eser Sahiplerinin Hakları” Fikri ve Sınai Haklar Dergisi, C.13, S.50, 2017, s.323-340.

20. Yüzyılın Başında Osmanlı Hukukçularının Avukatlık Mesleğine Bakışı

Belkıs KONAN 

Doç. Dr., Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuk Tarihi Anabilim Dalı, bkonan@ankara.edu.tr,
(Sorumlu Yazar / Corresponding Author)

| Makale Bilgileri | Öz |
|---|--|
| <p>Makale Geçmişi Geliş: 10.02.2022 Kabul: 15.03.2022 Yayın: 16.03.2022</p> <p>Anahtar Kelimeler: Avukat, Dava vekili, Muhami, Savunma, Türk Hukuk tarihi.</p> | <p>Avukatlık kurumu Osmanlı hukuk sistemine 1875 tarihinden sonra girmiştir. Bu makalede, Osmanlı hukukçularının avukatlık mesleğine bakışı hukuk literatüründe yer alan makaleler çerçevesinde incelenmiştir. Osmanlı Devleti'nin son döneminden, Cumhuriyet döneminde Muhamat Kanunu'nun çıkarılmasına kadar olan zaman dilimini içeren bu çalışmada, ilk olarak Tanzimat Dönemi öncesinde davaya vekâlet (murafaaya vekalet) kavramına değinilmiştir. Ardından Tanzimat Döneminde dava vekilliğine geçilmesi ve dava vekâleti kurumunun kurumsallaşmasına yer verilmiştir. Araştırmada, 1910-1928 yılları arasında Muhamat ve Mizan'ül-Hukuk dergilerinde dava vekilliği konusunda yazılmış makaleler ışığında dönem hukukçularının avukatlık mesleği konusundaki düşünceleri ortaya konmaya çalışılmıştır. İncelenen makalelerde, avukatlarda olması gereken nitelikler, ruhsatnameli ve ruhsatnamesiz dava vekâleti, mesleğe kabul şartları, vekâlet ücreti gibi konuların öne çıktığı görülmektedir. Bu çalışmayla, Osmanlı hukukçularının hazırlanmakta olan Muhamat Kanunu'ndan beklentilerini belirlerken ayrıca avukatlık mesleğinin profesyonel şekilde yapılanması için yaptıkları çalışmaların cumhuriyete yansımalarını göstermek de hedeflenmiştir.</p> |

Ottoman Lawyers' Looks on The Lawyer Profession in The Beginning of The 20th Century

| Article Info | Abstract |
|---|---|
| <p>Article History Received: 10.02.2022 Accepted: 15.03.2022 Published: 16.03.2022</p> <p>Keywords: Lawyer, Attorney, Muhami, Advocacy, Turkish Law History.</p> | <p>The institution of advocacy appeared the Ottoman legal system in 1875. In this article, the perspective of Ottoman lawyers on the legal profession has been examined within the framework of the articles in the law literature. In this study, which covers the time from the last period of the Ottoman Empire to the enactment of the Muhamat Law in the Republic period. The concept of attorneyship before the Tanzimat Period was first mentioned. Then, the transition to litigation attorneyship in the Tanzimat Period and the institutionalization of attorneyship are included. In the research, it was tried to reveal the thoughts of the lawyers of the period on the lawyer profession in the light of the articles written on the subject of attorneyship in the journals Muhamat and Mizan'ül-Hukuk between 1910-1928. In the articles examined, it is seen that subjects such as the required qualifications of the lawyers, attorneys with and without a license, conditions for admission to the profession, attorney's fees come to the fore. With this study, it is aimed to determine the expectations of the Ottoman lawyers from the Muhamat Law, which is being prepared, and also to point out the reflections of their efforts for the professional structuring of the lawyer profession to the republic</p> |

Atıf/Citation: Konan, B. (2022). "20. Yüzyılın Başında Osmanlı Hukukçularının Avukatlık Mesleğine Bakışı", *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 5(1), s. 122-139.

Plagiarism: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. // This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.



"This article is licensed under a [Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/). (CC BY-NC 4.0)"

GİRİŞ

Savunma, Antik Yunan'dan Roma'ya, Çin, Hint, Mısır kültürlerinden Ortadoğu ve İslam devletlerine kadar çok farklı coğrafyalarda farklı kültürlerde yer almış temel bir ihtiyaçtır. Temel hak ve özgürlüklerin içinde yer alan hak arama özgürlüğünün somutlaşmış hali olan savunma hakkının avukatlık mesleğine doğru dönüşümü, bireyler adına bu hakkı farklı kişilerin üstlenmesiyle başlar. Öncelikle, Batı ülkelerinde avukatlık mesleği, savunmaya duyulan ihtiyaç nedeniyle 13. yüzyıldan itibaren gelişmeye başlarken Türk hukuk tarihinde bu mesleğin gelişiminin 19. yüzyılın sonlarına denk geldiğini söylemememiz gerekir. Osmanlı Devleti'nde 1839 yılında Tanzimat Fermanı ile başlayan dönemde temel hak ve güvenceler açısından adımlar atılmış, yeni kanunlar çıkarılmış ve yeni mahkemeler kurulmuştur. Böylece, klasik dönemde uygulanan davaya vekâletten farklı olarak artık mahkemelerde maddi ve usul hukuku kurallarını uygulayacak daha profesyonel kişilerce savunmanın yapılması zorunlu hale gelmiştir. Osmanlı Devleti'nde avukatlık ile ilgili ilk düzenleme 1876 yılında yapılmış olmasına rağmen modern anlamda avukatlık anlayışı 1924 yılında çıkarılan 460 sayılı Muhamat Kanunu ile hukukumuzda girmiştir. Araştırmanın konusu 20. yüzyılın ilk çeyreğini kapsamakla birlikte, makalede ilk olarak Klasik Dönemde davaya vekâlet konusu açıklanmış, daha sonra Tanzimat Döneminde modern avukatlık kurumunun Osmanlı hukukuna girmesi açıklanmıştır. Son bölümde ise II. Meşrutiyet'in ilanından sonra (ki bu dönem Muhamat Kanunu layihasının hazırlanması ile aynı döneme denk gelmektedir) hukukçuların avukatlık mesleğine yaklaşımları ele alınmıştır. Bu bağlamda, hukukçuların avukatlık mesleği hakkındaki görüşleri ve meslekten beklentileri incelenen zaman diliminde literatürde yer alan kaynaklar ışığında araştırılmıştır.

Çalışma sırasında, farklı dergilerde dava vekilliği ve avukatlık konularında yazılmış makaleler konularına göre gruplara ayrılarak ilgili başlıklar altında incelenmiştir. Ali Haydar, Şekib, Lütfi Fikri, Kavasoğlu Fuad, Mehmet Şeref, Mardinizade Ahmet Muhtar gibi hukukçuların gözünden dava vekilliğinden modern avukatlığa geçiş süreci aktarılmaya çalışılmıştır.

I. 20. Yüzyıl Öncesinde Osmanlı Devleti'nde Dava Vekilliği

Klasik dönemde, dava vekilliği, İslam hukukundaki vekâlet sözleşmesine dayanıyordu. İslam hukukuna göre “temsil” işlemi “vekâlet” ile sağlandığından, mahkemelerde bir şahsın vekil ile temsil edilmesi ve hukuki yardım alması Osmanlı mahkemelerinde de uygulanmaktaydı¹. Kelime anlamı “birine güvenmek, bir işi güvenilir birine bırakmak” olan vekâlet, fıkıhta bir terim olarak “bir kimsenin kendi adına hukuki bir işlem yapma yetkisini bir başkasına vermesini” ifade eder. Mülteka'da vekâlet, tasarruf etme hususunda başkasını kendi yerine koyma olarak tarif edilmektedir.² Osmanlı Devleti'nde klasik dönemde dava vekilliği mesleği husumete vekâlet veya murafaaya vekâlet şeklinde gelişmiştir. Sözlükte “*çekişme, cedel, delil ile karşı tarafa galip gelme*” anlamına gelen husumet terimi, İslam hukukunda açılan bir davada davacı ile davalının mahkeme huzurundaki durumunu, sıfatını ve davada taraf olma ehliyetini ifade eder³. “Husumete

¹Atar, Fahrettin. *İslam Adliye Teşkilatı Ortaya Çıkışı ve İşleyişi* 6. Baskı, Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, İstanbul, 2020, s. 131.

²Halebi, (Haz:Hüseyin Vanlıoğlu). *Kelime Manalı Yeni Mülteka Tercümesi*, C.4, Yasin Yayınevi, İstanbul, 2018, s. 81.

³Akgündüz, Ahmet. “Husumet”, *TDV İslam Ansiklopedisi*, C. 18, 1998, s. 417-418, s. 417. [HUSUMET - TDV İslam Ansiklopedisi \(islamansiklopedisi.org.tr\)](https://www.islamansiklopedisi.org.tr). E.T. 27.8.2021.

vekâlet” sayesinde davacı veya davalı taraf, istediği kişiyi kendileri yerine vekil olarak tayin edebiliyorlardı. Böylece savunma görevi vekiller tarafından yerine getiriliyordu. Dava vekili adı verilen kişiler bugün anladığımız şekilde avukat olarak nitelendirilemese bile mahkemede tarafları temsil etmişlerdir⁴.

Ayrıca, Osmanlı’da, dava vekili her türlü dava için tayin edilebilirken kişinin kendisini vekile temsil ettirmesi bir hak olarak kabul edilmiştir. Genellikle çocuklar, kadınlar, köleler ve gayrimüslimler gibi bizzat mahkemede hazır bulunamayan kimselerin vekil tarafından temsil edildiği görülmektedir. Özellikle kadınların taraf olduğu davalarda kadının eşi veya babası gibi erkek bir yakınının vekil sıfatıyla davayı takip etmesi çok yaygındır. Şer’iyye sicillerinden ceza davalarının önemli bir kısmında vekil tarafından temsilin gerçekleştirildiği görülmektedir.⁵

Bununla birlikte, klasik dönemde avukatlık kurumunun varlığından söz edilemez. Çünkü, bireyler kendi adına işlem yapması için vekil tayin edebilseler de bu vekiller avukatlık mesleğinin gerektirdiği özelliklere sahip değillerdi. Kısacası, klasik dönemde dava vekilliği Osmanlı toplumunda Batı’da olduğu gibi bir meslek olarak gelişmemiştir. Tanzimat öncesi dönemde şahısların mahkemelerde haklarını aramasında muhızrlar, arzuhalciler, ayak kavafları aracılık etmişlerdir.

Ayak kavafı denen kişiler, genellikle bakkallardan oluşuyordu. Bakkallar mahallelerinde oturan kadı ve bölge halkı ile yakın ilişki içerisinde oldukları için dava takibi için sıkça tercih edilirdi. Bu tip dava vekillerine “Karamanlı” şeklinde hitap edilirdi. Ancak, okuma yazması bile olmayan, Türkçeyi doğru konuşamayan bu kişiler insanları kandırarak zarara uğrattıkları için müzevir (yalancı) olarak tanınmışlardır.

Anadolu’da benzer şekilde aracılık yaparak dava vekilliği faaliyeti yürüten bir başka meslek grubu da muhızrlardır. Sözlük anlamı “huzura getiren, hazır bulunduran” olan muhızır kelimesi İslam hukuku kaynaklarında davalı veya davacıyı mahkemeye sevk eden görevli demektir. Muhızrlar davanın taraflarına tebligat yapan aynı zamanda haklarında şikâyet olan kişileri mahkemeye getirmek için adli polislik görevini de yerine getiren memurlardı. Arzuhalciler ise okuryazarlığın çok düşük olduğu Osmanlı toplumunda resmi devlet kurumlarına dilekçe yazımı ile geçimlerini sağlayan kimselerdi. Arzuhalcilik mesleği, ayak kavafılığı ve muhızırlıktan farklı olarak toplumda kalifiye ve saygın bir meslek olarak kabul edilmiştir. Çünkü, herkesin arzuhalcilik yapmasına imkân tanınmamış, sadece ocaktan yetişen kişilerin arzuhalcilik yapmasına izin verilmiştir⁶.

Osmanlı Devleti’nde ilk dava vekillerinin muhızrlar, daha sonra müzevirler, ayak kavafları, mahalle bakkalları olması sonraki dönemlerde eleştirilere konu olmuştur. Ali Haydar:

“...Tanzimat-ı Hayriye'den pek çok evvel eski cetlerimiz (muhızr)lar olduğunu ve sonra vekâlet vazifesinin müzevirlere, ayak haffâflarına, sokak dellâllarına, mahalle bakkallarına geçtiğini kabul etmek, elîm olsa da, zaruridir. Bu bakkallar ve haffâflar sırf temin-i menfaat kaygısıyla hareket ettikleri için aldıkları bir davayı olduğu gibi mahkemeye sevk etmeyerek bir takım dolambaçlı yollardan yürüyeceklerine şüphe yoktur. Ücret-i vekâlet namıyla halktan para

⁴ Akyılmaz, Gül. Tanzimat’tan Önce Avukatlık Müessesesi, *Türk Hukuk Enstitüsü Dergisi*, C.12, 1996, s.16.

⁵ Konan, Belkıs. *Türk Hukuk Tarihinde Avukatlık Kurumu*, Bilge Yayınevi, Ankara, 2021, s.49.

⁶ Konan, s. 52-56

almak güç olduğundan bi't-tabi' filân veya falana vereceğim diye müvekkillerinden para çektikleri de herhalde vukuat-ı cariyeden olsa gerektir." demekle, Tanzimat öncesinde dava vekilliğinin pek övünülemez bir durumda olduğunu belirtmektedir.

İslam hukukunda vekilin esas görevi, mahkemenin gerçeğe ulaşmasına yardımcı olmak ve müvekkilin haklarının çiğnenmesini önlemek olarak belirlenmiştir. Ancak, Osmanlı'da zaman içinde dava vekillerinin delil sakladıkları, kararttıkları ve kadı karşısında yanlış aktarımda buldukları olmuştur. Bundan dolayı, halk arasında dava vekillerinin çoğu ahlâksız ve menfaatçi olarak görülmüştür⁷. Artin Toptaş mesleği kötüye kullanan bu şahıslardan şu şekilde bahseder:

Bu zevât Anadolu ahalisinden oldukları ve lisân-ı mâder-zâdları Türkçe olması itibariyle oldukça Türkçe tekellüm eder ve meramlarını ifadeye kâdir idiler fakat Türkçe okumak ve yazmaktan mahrum ilimsiz ve câhil olduklarından müvekkillerine diyeceklerini bilmezler idi. Mahkemedan aldıklarını müvekkillerine satarlar ve ekseriya aldıklarını tamamen anlamaya iktidarları olmadığından ve dava-yı mahkemede dediklerinin bütün bütüne aksi zuhûr eder olduğundan ol tarihte merkûmât müzevir ve yalancı namıyla tavsif edilir idi. Bir de benî âdem tabiî ve doğrudan ziyade gayr-i tabiî olan husûsâta mâil olduğundan deruhte etmekte oldukları davaları tabiî bir surette mahkemeye sevk etmeyerek birtakım dolambaçlı hakikate muhalif surette arz eder ve karışık bir hâle getirilir olduğundan ashâb-ı dava nezdinde şereflerini kaybetmiş oldukları gibi mahkemelerce dahi fena nazarlar ile bakılarak yalancı, hilekâr, mekkâr olarak tanınırlardı."

Topbaş makalesinde, bir anısından da bahsetmektedir. Boğaziçi vapurunda karşısında oturmakta olan iki zâtın birbiri ile konuşmakta iken bunlardan birinin diğerine kızarak "*senin karşına avukat gibi bir müzevir edepsiz çıkarmalı ki hakkından gelsin*" dediğini üzülen anlatmıştır⁸.

Kavasoğlu ise "Meslek-i Muhamat" adlı makalesinde avukatlık mesleğinin hak ettiği onur ve itibarı memleketimizde elde edememesinin yanıtının geçmişte aranması gerektiğini belirterek şöyle der:

"Bizde birkaç asır evvel yazılmış bazı âsâra (eserlere) bakılacak olur ise ilmî surette mehâkim huzurunda himaye-i hukuku meslek ittihâz etmiş bir sınıf-ı mahsus yok idi. Ancak mahkeme kapılarında dolaşmak sayesinde bir ilim mahzarı edinen bazı cühelâ ashâb-ı müsâlâha sokularak usûl ve merasim-i muhâkemedede ve hükkâmın celb-i teveccühünde adeta tellallık etmek suretiyle temin-i maişet (geçimlerini temin) ederlerdi. Bunların vaz'-ı içtimâîleri pek dûn olduğu hâlde tarafeyn-i mütehâsımeynden birinin vekâletini deruhte ettikleri münasebetiyle kendilerine dava vekili namı verilir idi. İsmi şeref veya vezâ'ati müsemmanın şeref veya vezâ'atine tâbi' olmakla bu gibi adamlara verilen dava vekili unvanı dahi bir san'atı hakire gibi telâkkî oluna geldi. Bu hâl yarım asır evveline gelinceye kadar devam etti."

⁷ Kocaoğlu, Sinan S. Tarihsel Perspektifi ile Türk-İslam Hukukunda Savunma Hakkı ve Müdafî, Ankara: Ankara Barosu Dergisi, Yıl 2010, S.4, s. 61-79, s.68.

⁸ Toptaş Artin. "Memleketimizde Dava Vekâleti, Avukatlık ve Muhamilik", *Muhamat Dergisi*, Numara: 10-54, 1338, s.317-320, s. 318; Rober, Henri. Çev: Ali Haydar ve Suphi Nur. *Muhami*, İstanbul Teşebbüs Matbaası, İstanbul, 1340, s.13

Görüldüğü üzere şimdiye kadar görüşlerine yer verdiğimiz tüm hukukçular dava vekilliğinin toplumdaki saygınlığına bazı ehliyetsiz kişiler tarafından zarar verildiğini düşünmektedirler⁹.

Tanzimat Dönemine gelince, 1839 tarihli Tanzimat Fermanı ve 1856 tarihli Islahat Fermanı sonrasında savunma mesleğinde önemli yenilikler yapıldığı görülür. Bu dönemde, yeni kanunlar hazırlanmış ve yeni yargı makamları oluşturulmuştur. Tanzimat Döneminden itibaren, artık mahkemelerde vekillik yapacak kişilerin bazı özel niteliklere sahip olması şartları da aranmaya başlanmıştır. Diğer taraftan, hukuk eğitimindeki modernleşme süreci de dava vekilliğinin kurumsallaşmasını hızlandırmıştır. Çeşitli düzenlemelerde yer alan avukatın hak ve yükümlülükleri, vekâlet ücreti, cezai, hukuki ve disiplin sorumluluğu gibi konulardaki hükümler, modern avukatlık anlayışının oluşmasına zemin hazırlamıştır¹⁰.

Savunma hakkı Tanzimat Döneminde anayasada da yer almıştır. 1876 Kanun-i Esasi'nin 83. maddesinde kaleme alınan "Herkes huzuru mahkemede hukukunu muhafaza için lüzum gördüğü vesaiti meşruayı istimal edebilir."¹¹ hükmü sayesinde savunma hakkı Türk hukukuna girmiştir.

Avukatlık mesleğinin kurumsallaşmaya başlaması, 13 Ocak 1876 (1292) tarihli *Mehâkim-i Nizamiye Dava Vekilleri Hakkında Nizamname*'si ile gerçekleşmiştir¹². Bazı kaynaklarda *Dersaadet Dava Vekilleri Cemiyeti Nizamnamesi* olarak da anılan¹³ bu Nizamname ile dava vekilliğine ilişkin klasik İslam anlayışından uzaklaşılarak modern avukatlığa doğru bir adım atılmıştır. İstanbul'daki dava vekilleri için düzenlenmiş olan bu Nizamname'nin uygulaması çok faydalı olduğu için daha sonra bu düzenlemenin taşraya da teşmil edilmesine karar verilmiştir¹⁴. Bu arada, *Mehâkim-i Nizamiye Dava Vekilleri Hakkında Nizamname*'nin dördüncü bölümünde bir "dava vekilleri cemiyeti" kurulmasına dair hükümler yer aldığından "İstanbul Barosu" kurulmuştur¹⁵.

⁹ Kavasoglu, Fuat. Meslek-i Muhamat, *Muhamat Dergisi*, C.1, 1327, s. 2-4.

¹⁰ Esirgen, Örsten, Seda. Tanzimattan Cumhuriyete Avukatlık, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.63, S.4, 2014, s. 737-778 737-738.

¹¹ 1876 Kânûn-ı Esâsî. Erişim için: <https://www.anayasa.gov.tr/tr/mevzuat/onceki-anayasalar/1876-k%C3%A2n%C3%BBn-i-es%C3%A2s%C3%AE/> (E.T. 07.07.2021)

¹² Bozkurt, Gülnihal, *Batı Hukukunun Türkiye'de Benimsenmesi*, 2. Baskı, Türk Tarih Kurumu, Ankara, 2010, s. 127. Bu Nizamname *Dersaadet Dava Vekilleri Cemiyeti Nizamnamesi* olarak da bilinir. Nizamnamenin, *Dava Vekilleri Nizamnamesi*; dört fasıl, bir geçici düzenleme, ücret tarifelerini düzenleyen on iki kısım ve bir özel fıkradan oluşmaktadır. İlk fasılda, (madde 1-6) dava vekilliği mesleğine giriş ve dava vekilliğine kabulün şartları; ikinci fasılda, (madde 7-19) dava vekillerinin görev ve sorumlulukları belirlenmiştir. Üçüncü fasılda (madde 20-29) dava vekillerinin ücretleri düzenlenirken, dördüncü fasılda ise, (madde 30-40) dava vekilleri cemiyeti ve söz konusu cemiyetin görevleri yer almaktadır. Bkz: Düstur, 1. Tertip, C.III, s. 198-207.

¹³ Öztürk, Funda. Osmanlı Devleti'nin Adli Modernleşme Sürecinde Avukatlık Mesleği, Yüksek Lisans Tezi, *Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü*, Ankara, 2017, s.114.

¹⁴ Dava Vekâleti Nizamının Vilâyatta Dahi İcrasına Dair Adliye Nezaretinden Vilâyat ile Müstakillen İdare Olunan Mutasarrıflıklara ve Mehakimi Nizamiye Rüesasına Yazılan Muharreratı Umumiye 7 Receb 1296, bkz: 1. Tertip Düstur C. IV, s. 762.

¹⁵ Osmanlı tarihinde kurulan ilk baro teşkilatlanması yabancı avukatlar tarafından 1870 yılında İstanbul'da Konstantinopol Barosu Cemiyeti olarak kurulmuştur. Konstantinopol Barosu Cemiyeti'nin 33 üyesinde yalnızca 5'i Osmanlı teb'asına mensuptu. Bu beş avuktan biri olan Alexander Meryem Kuli, aynı zamanda 1878'de kurulan İstanbul Barosu'nun ilk toplantısına başkanlık etmiştir. Özkent, Ali Haydar. *Avukatın Kitabı*, Arkadaş Kitabevi, İstanbul 1940, s.47. Konan, s.97.

1876 tarihli *Mehâkim-i Nizamiye Dava Vekilleri Hakkında Nizamname*'nden sonra çıkarılan çeşitli kanun ve nizamnamelerde dava vekilliği mesleği konusunda bazı yenilikler getirilmiştir. Örneğin, avukat kelimesi ilk kez 26 Şubat 1883 tarihli *Dava Vekilleri Hakkında Rumeli-i Şarkîye Mahsus Kanun-i Vilayet*' isimli Nizamnamede geçmektedir. 15 Ocak 1892 tarihli *Girit Vilayeti Dava Vekilleri Hakkında Nizamname*'sinde ise dava vekili olabilmenin koşulları, dava vekillerinin görev ve sorumlulukları ile vekâlet ücretlerine ilişkin hükümler yer almaktadır. Yapılan düzenlemelerde mesleğe giriş için "hukuk mektebi diplomasına sahip olmak", "ruhsatname almak" ve "baro levhasına kayıt yaptırma" gibi şartlar getirilmesi dava vekilliği mesleğinin kurumsallaştığını göstermesi açısından önemlidir¹⁶.

II. Meşrutiyet Döneminde yapılan birçok Nizamnamede dava vekilliği ile ilgili hükümler bulunmaktadır¹⁷. Ayrıca bu dönemde, dava vekili yerine kullanılacak başka bir kelime aranmış ve Mısır'da kullanılan "himaye eden, koruyan, kollayan" anlamlarına gelen "muhami" kelimesinin kullanılması daha uygun görülmüştür¹⁸. Osmanlı hukukçuları avukatlık mesleğinin Osmanlı Devleti'nde çağın gereklerine uygun, bağımsız, serbest bir meslek haline gelmesi için gerekli gördükleri hususları yazdıkları makalelerle duyurmaya çalışmışlardır. II. Meşrutiyet'in ilânından, 1924 tarihli Muhamat Kanunu'nun çıkarılmasına kadar olan süreçte yazılan makalelerde mesleğin tanımı, mesleğe kabul şartları, ruhsatnamesiz dava vekilliği, muhamilerin hak ve yükümlülükleri ve vekâlet ücreti gibi konular yer almıştır.

II. Avukatlık Mesleğinin Tanımı

Eski Roma'da avukat anlamına gelen Advo Catus kelimesi, "üstün, ayrıcalıklı, güzel konuşan" demektir¹⁹. Caton, avukatı "konuşmasını, inandırmasını bilen namuslu adam" olarak görmüştür. 13. yüzyılda Fransa'da avukat "yumuşak, sakin, Tanrı'dan korkan, hakikati ve adaleti seven kimse" şeklinde tanımlanmıştır. Hatta bu dönemde avukatlara başka şehirlere de giderek savunma yapmalarından dolayı "adaletin gezici şövalyeleri" dendiği de olmuştur²⁰. Fransız akademisi lügatında ise avukat "adalet huzurunda davaların müdafasını kendine meslek edinen adam" diye tarif edilmiştir²¹.

¹⁶ Konuyla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz: Konan, s.101-119. Esirgen, Örsten, s.747-750.

¹⁷ 16 Eylül 1909 tarihli *Dava Vekilleri Hakkında Kanun-ı Muvakkatı*, 28 Kasım 1909 tarihli *Adliye Müfettişlerinin Vezaif ve Derece-i Salahiyetlerini Mübeyyin Talimat*, 24 Nisan 1913 tarihli *Sulh Hâkimleri Hakkında Kanun-ı Muvakkat*, 2 Mart 1915 tarihli *Mehakim-i Şer'iyyede İcra-yı Vekâlet Edebilecekler Hakkında Kanun*, 8 Mart 1915 tarihli *Memalik-i Osmaniye'de Bulunan Ecnabilerin Hukuk ve Vezaifi Hakkında Kanun-ı Muvakkat*, 2 Nisan 1919 tarihli *Mehakim-i Nizamiye Dava Vekilleri Hakkındaki 18 Şevval 1292 Tarihli Nizamname*'nin 40. maddesine Müzeyyel Nizamname ve 18 Ocak 1921 tarihinde *Dava Vekâleti Ruhsatnamesi İstihsaline Dair Nizamname*'de bu konuda hükümler bulunmaktadır.

¹⁸ "Avukat kelimesinin mânâsı (mendi-i imdâd)dir. Latince'den Advocatus tabirinden me'hûz olan bu tabir sathî bir surette tercüme edilse "çağırılan" veyahut (imdada çağırılan) mânâsına gelir. Avukat kelimesinin şu mânâsı biraz ta'mîk ve tetkik edilse yek nazarda vekâletin ulviyeti, mübecceliyeti tezâhür eder. Bir kimse diğerini imdadına çağırarak. Tabiidir ki bu nida, hukuk-ı maddiye ve maneviyesinin dücâr-ı müzâyaka olduğu bir zamanda olacaktır. Filhakika da dava vekilinin kanunî bir tarifi, bir tarif-i mücemmili şu olabiliyor: Kavânin ve nizâmât-ı mevzuânın talep eylediği şerâiti ifâ eyledikten sonra hemcins ve vatandaşlarının hukuk ve menâfi-i maddiye ve maneviyesinin müdafasına hasr ve vakf-ı vücut eden kimsedir". Şekib, Ş. "Tarihçe-i Muhamat-Avrupa'da Dava Vekâletinin Menşei", *Muhamat Dergisi*, S.5, 1327(c), s. 135-137, s. 136.

¹⁹ Mısır, M. Haşim. *Mitolojide Savunma*, Gaziantep Barosu Yayınları, Gaziantep, 2012, s.17.

²⁰ Mısır, s 35; Erem, Faruk. *Meslek Kuralları (Şerh)*, Ankara Barosu Yayınları, Ankara, 2007, s.25.

²¹ Özkent, s. 3.

Osmanlı Devleti'nde avukat kelimesi yerine daha çok “dava vekili” veya “muhami” kelimesi kullanılmıştır. Örneğin, Şekib dava vekilini “*kanunların istediği şartları yerine getirdikten sonra vatandaşların maddi ve manevi haklarının savunması için zaman ayıran kişi*” olarak tanımlarken²², Artin Efendi, avukatı “*bireylerin can, mal, şeref ve özgürlüğünü savunan ve koruyan kişi*” olarak ifade etmiştir. Ayrıca “... *can ve mal ve ırz ve namusu tehlikede bulunan zât, dava vekillerinden muâvenet bulur ve mazlum ve mağdur olanlar dava vekillerinden kuvvet ve yardım görerek zulüm ve mağduriyetleri mübeddel-i hak ve adalet olur*” diyerek dava vekilinin mazlum ve mağdurları koruma niteliğine de işaret etmektedir²³. Lütfi Fikri ise avukatı “*can, mal ve namusuna veya kişi hak ve özgürlüklerine zarar gelen herkes için avukat sığınacak bir liman*” şeklinde tasvir etmiştir²⁴. Bu konuda en güzel tanımlardan birini Hacik Kahveciyan yapmıştır. Kahveciyan, F.Lioville'den alıntı yaparak dava vekilini “*Hukukun muhafaza ve müdafaasıyla mükellef askerler değil miyiz?*” sözleriyle hukuku koruyan askerler olarak görmüştür²⁵.

III. Avukat Olmak İçin Gereken Şartlar

Tarih boyunca avukatlık mesleği tüm hukuk sistemlerinde belli niteliklere sahip kimseler tarafından yerine getirilmiştir. Osmanlı Devleti'nde ise ilk defa 1876 tarihli Dava Vekilleri Nizamnamesi ile dava vekilliği yapacak olan kimselerde “dava vekili ruhsatnamesine sahip olmak” veya “hukuk mektebinden mezun olmak” şartları aranmıştı²⁶. Buna rağmen 20. yüzyılın başlarında dahi bu şartların tam olarak uygulanmadığı anlaşılmaktadır. Nitekim, 1909-1925 yılları arasında bu konuda yazılmış olan makalelerden anlaşıldığı kadarıyla mesleğin belirli kurallara bağlanamamış olmasından şikayet edilmektedir. Bu başlık altında ilk olarak “şehadetname” konusu ele alınacaktır.

²² “...*kavanin ve nizamât mevzu'anın taleb eylediği şera'iti ifa eyledikten sonra hemcins ve vatandaşlarının hukuk ve menafi' maddiye ve ma'neviyesinin müdafa'asına hasr ve vakf'vücut eden kimsedir*” Şekib, 1327c, s.136. Şekib, ayrıca dava vekili ve avukat arasındaki farkı aynı makalede şu şekilde dikkat çekmiştir. “...*Avukat ile dava vekili tabirleri arasında mevcut olan şu fark-ı küllîye binaendir ki Mecelle-i Celile ahkâmınca şu meslek-i âliye ayrıca lâzım gelen ehemmiyet atfolunmamış ve husumete vekâlet bey' ve şirâ gibi muâmelâta vekâlet menzilesinde tutulmuştur. Mecelle-i Celile'nin 1459'uncu maddesinde bir kimse yapabileceği husus ve muâmelâtta ve meselâ icar ve isticâr-ı rehî, idâ', ibrâ, ikrâr-ı dava-...da dilediğini tevkil edebilir, deniliyor ki bu hâlde bu bâbdaki husumetin müdafaası ve taarruzdan vikayesi için lazım gelen evsâf-ı ilmiye ve mâlûmât-ı kanuniye aranmaksızın dava edebilmek keyfemâyeşâ mümkünâtan addolunuyor demektir. Kezâlik yine 1465 maddesinde husumet, redd-i vedâ ve kaza-i deyn muâmelâtı menzilesinde tutulmuştur. Hele 1516'ncı maddede daha ileri gidilmiş ve dava vekilinin tarifindeki “kavânin ve nizâmât-ı mevzuanın talep eylediği şerâit...” fıkrası bertaraf edilerek “müddei ve müddei-i aleyhten her biri dilediğini husumete tevkil edebileceği” söyleniyor ki bu madde ileride Avrupa'da dava vekillerinin mecburiü'l-ifâ oldukları şerâit ta'dâd olunduğu sırada bir defa daha mevzu-ı bahis olacaktır. Hâlbuki bazı erbâb-ı kanun ve mütehasşisîn-i şer'iyeye göre bu maddedeki [dilediğini tevkil] etmek hususundaki ıtlak ehliyet kaydıyla tahsis ve takyid ediliyor ki bunun pek muvâfik olduğuna şek ve şüphe yoktur.) Hâlbuki Avrupa hukuk müelliflerince avukatın ifa ettiği vezâifin vekâletle hiç münâsebeti yoktur. Avoue'lar vekildir. Fakat Avukat müdafaanın yerine kaim olmaz. Yalnız davalarının müdafaasını ve bir netice-i matlûbeye isâlini deruhte ettikleri kimselerin vekilleri değil- nâsih ve müşavirleridir. Mahkeme hâricinde avukatın vazîfesi kendisine müracaat eden kimselerin muâmelât ve mesâlihinin hüsn-i cereyânı yolunda müktesebât mâlûmât-ı kanûniyesiyle onları tenvir ve irşâd etmek ve mahkemeye taallük eden cihetlerde dahi vesâit-i müdafaalarını şifâhî müdafaalar ve tahrîrî lâyhalar ile tevsî etmek ki bunun vekâletle cihet-i müşâbeheti yoktur. Zira müracaat edenin talebi üzerine bir müdafaâ tedârik etmek veya tahrîren beyan-ı mütâlâa eylemek vazîfesini deruhte eden bir avukatın vekâlet kabul ettiği iddia olunamaz...” Şekib, 1327 (c), s. 136-137.*

²³ Toptaş Artin. “Memleketimizde Dava Vekâleti, Avukatlık ve Muhamilik”, *Muhamat Dergisi*, Numara: 10-54, 1338, s.317-320, s.317-318.

²⁴ Fikri, Lütfi. Avukatlık Mesleği, Mahiyeti ve İcabatı, Hukuk ve Vezâifi - Şeref ve Haysiyeti ve Mecbûriyetleri, *Muhamat Dergisi*, Numara: 41-45,1337, s. 10-26, s.10.

²⁵ Kahveciyan, Hacik. Dava Vekili Hâkime Muavenet Edecektir. *Muhamat Dergisi*, C.15, 1328, s. 451-456, s. 453.

²⁶ Şekib, Ş. “Dava Vekâleti Hakkında Birkaç Söz”, *Muhamat Dergisi*, S. 52, 1326, s. 69-71, s.70.

Şekib, “Şehadetnamesiz Dava Vekilleri” başlığını taşıyan yazısında, dava vekilliğinin herkes tarafından yapılamayacağını, aynı hekimler gibi dava vekillerinin de özel bir eğitimden geçmesi gerektiğini ifade eder. Tabiplik ve dava vekilliği arasında bir kıyaslama yaparak tabiplerin insanların sağlığına hizmet ettiklerini; dava vekillerinin ise tüm toplumun manevi sağlığına hizmet ettiklerini söyler. Yazar makalesinde bu mesleği yapabilmek için hukuk eğitimi almak ve şehadetnameye sahip olmak gerektiğine değinir²⁷. Şekib, bir başka makalesinde Fransa’yı örnek göstererek dava vekillerinin şehadetname aldıktan sonra yemin etmeleri gereği üzerinde durmuştur²⁸.

Mehmet Şeref, dava vekillerinin mutlaka ruhsatnameye sahip olmasının zorunluluğundan bahsetmiştir. Makalede, ruhsatsız dava vekillerinin Mecelle’ye dayanarak vekâlet edebileceklerini iddia ettiklerini, ruhsatnameli dava vekillerinin ise bu kişileri “tabib-i cahil” olarak nitelendirdiklerine işaret ederek dava vekilliğinin ancak ruhsatname sahibi kişiler tarafından yapılabileceğini belirtmiştir²⁹.

Şehadetname olmadan dava vekilliği yapılmaması gerektiğini düşünen bir başka yazar ise Yuvaniki Yorgiyadis’tir. Yorgiyadis, hukuk eğitimi almayan kişilerin dava vekilliği yapmasının mesleğin itibarını düşürdüğüne ve bu yüzden dava vekillerinin hâkimler karşısında saygınlığa sahip olmadığına dikkat çekmektedir.³⁰

Dava vekilliği yapabilmek için tabiiyete bakılıp bakılmayacağı meselesi de tartışmalara neden olmuştur. Dava vekilliğinin ecnebiler tarafından yapılabilmesi konusunun yer aldığı makalelerde genel kanı Osmanlı vatandaşı olmayanların Osmanlı Devleti’nde avukatlık yapmasının engellenmesi yolundadır. Şekib, Fransa’da yabancı bir devlette hukuk fakültesi mezunu olanların Fransa’da avukatlık yapabilmelerinin bazı özel şartlara bağlandığından bahsetmiştir.³¹ Aynı yazar bir başka makalesinde, Osmanlı Devleti’nde dava vekilliği yapabilen yabancı avukatların Osmanlıca’yı iyi bilmediklerini bu nedenle çoğu zaman hâkimlerin yabancı lisan öğrenmek zorunda kaldıklarına değinerek, bunun zararlarına dikkat çekmiştir³².

²⁷ Şekib, Ş. “Şehadetnamesiz Dava Vekilleri”, *Mizan’ül-Hukuk Dergisi*, 1325, s. 478-479. Aynı makalesinde Şekib bu konuda “...İşte bu noktadan bir dava vekilinin mevkii bir tabibin mevkiinden kat kat bâlâterdir. Zira tabip hayatın idamesine vasıta ise bugün medeniyet hususunda ilk defa âleme ders vermekle müftehir bulunan o Fransızlar değil midir ki –Dreyfus meselesinde içlerinden birçoğu fart-ı nüfuzu bir silah kuvveti addederek nür-ı hakikat taraftarânını kahr u tedmire sâ’î buldukları hâlde hükümetlerini düçar-ı endişe eder müşkül bir mevkie ilkâ ederek nice nümayişlerde bulundular. Acaba buna sebep –bir mâsumu pençe-i zindandan tahlisten ziyade- namusunu iade için taharrî-i hakikatten başka bir şey midir. Ziyâ-yı hakikat ise erbâb-ı iktidarın yed-i mu’cizkârânesiyle meydana gelir. Acaba o kahraman mağdur –Dreyfus- bir doktorun iki satırlık mektûbâtı tesirâtıyla terk-i hayat etmiş olsa idi bu kadar güft ü gû olmak şöyle dursun birkaç günlük sermaye-i kıl ü kâl olur mu idi. Fakat namus-ı hayata mukaddem ve hayat-ı tâlî olmasına binâen bir memleket değil, cihan-ı medeniyet bile kendisini bu hususta –mânen olsun- alâkadâr görüyor...” demektedir. Şekib, 1326, s. 71.)

²⁸ Şekib, Ş. “Sanat-ı Muhâmâtı İcra Salahiyetini İhraz İçin Muktezi Şartlar”, *Muhamat Dergisi*, C. 7, 1327 (b), s. 215-217. Ayrıca, yazar “Yemin ve Yeminin İfasındaki Merasim” başlıklı makalesinde Fransa’da yeminin tarihçesini ve ifasını anlatmıştır. Bkz: Şekib, Ş. “Tarihçe-i Muhamat Faslı Salis: Yemin ve Yeminin İfasındaki Merasim”, *Muhamat Dergisi*, S.10, 1328(a), s. 312-316.

²⁹ Şeref, Mehmet. “Muhâmi”, *Muhamat Dergisi*, Numara:25 -69, 1339, s. 782-786, s. 783-784.

³⁰ Yorgiyadis, Yuvaniki. “Meslek-i Muhamat”, *Muhamat Dergisi*, S.2, 1327, s. 56-58, s.56.

³¹ Şekib, Ş. “Tarihçe-i Muhamat: Mezuniyet İcazet Licence”, *Muhamat Dergisi*, S.8, 1327(ç), s. 241-243, s.242.

³² “..Ecnebi vekil lisan-ı resmîyi bilmek lâzım gelirken hâkim fehmi müdafaa için muhâmînin lisanını öğrenmeye mecburiyet hissediyor işte şu cihetler cidden câ-yı teemmüldür” Şekib, Ş. “Tarihçe-i Muhamattan Mâbe’ad: Memleketimizde Muhâmîn-i Ecnebiye”, *Muhamat Dergisi*, S.11, 1328 (e), s. 336-338, s. 337.

Tanın'de çıkan yazı “ *İşte görülyüyor ki Fransa'da bir Osmanlı dava vekâleti san'atını icra edemez. Yalnız Fransa'da değil memâlik-i sâirede dahi böyledir. Daha tuhafı var. Malûm olduğu üzere uhûd-ı atika mucibince memleketimizde bulunan ecnebi konsoloshanelerine hakk-ı kaza dahi bahşedilmiştir. Bundan iki sene evvel şehrimiz konsoloshanelerinden birinde derdest-i ru'yet olan bir davada tarafeynden biri Osmanlı avukatı tevkîl etmek istedikte konsolos bey Osmanlı teb'asından maadasının kendi mahkemesinde icrâ-yı vekâlet edebileceğini beyan etmiştir. Haysiyet-i milliyemize edilecek en büyük hakaret bu olabilir. Ecnebler hakkımızda muâmele-i müteakabile kaidelerini de çok görüyorlar. Hâlbuki işlerine gelirse bu kaideyi ileri sürerler*” şeklinde kaleme alınmıştır. Bu alıntıdan da anlaşıldığı üzere, İstanbul'da konsolosluk mahkemesine “Osmanlı avukatının” kabul edilmemesi milli onurumuza hakaret kabul edilmiş ve bu nedenle yabancıların Osmanlı Devleti'nde dava vekilliği yapabilmeleri için “karşılıklılık” ilkesinin uygulanması istenmiştir.³³

IV. Avukatlarda Bulunması Gereken Özellikler

İstanbul Baro Başkanlarından Lütfi Fikri tarafından 1921 yılında yazılan bir makalede dava vekillerinde aranan özelliklerden bahsedilmiştir. Lütfi Fikri, “*can, mal ve namusuna veya kişi hak ve özgürlüklerine zarar gelen herkes için sığınacak bir liman*” olarak tanımladığı avukatların toplumda çok önemli bir konumda olduğunu hatırlatarak sahip olmaları gereken nitelikleri sıralar. Yazara göre iyi avukat olmak için sadece namuslu ve dürüst olmak yetmez. Avukatın aynı zamanda fedakâr ve çalışkan olması gerekir. Lütfi Fikri, ihlal edilen bir hakkın, heder edilen bir hayatın savunulması için hukuk bilgisinden öte fedakarlık, azim, cesaret gerektiğinin altını çizirken “*..efendiler kat'iyen para ile ücretle olacak bir şey değildir*” sözleri ile avukatlığın sadece para kazanmak için yapılamayacağını da ifade etmiştir. Yazar, avukatın aldığı bir davada görevini suiistimal etmiş sayılmaması için her türlü araştırmayı yapmak zorunda olduğunu ve davada uygulanacak hukuk kurallarını çok iyi tespit etmesinin şart olduğunu da vurgular.³⁴ Makalenin 1921 yılında kaleme alındığı dikkate alınırsa o dönemde aranan niteliklerin günümüzdekinden çok da farklı olmadığı söylenebilir.

Artin Toptaş, 1922 yılında çıkan bir makalesinde dava vekilinin dürüst, bilgili ve saygılı kişiler olması zorunluluğuna değinir. Ayrıca, muhamilerin birbirlerine karşı saygılı davranmaları, davaları uzatmadan sonuçlandırmaları ve maddiyatçı olmamaları gerektiğine değinir. Topbaş'a göre dava vekilleri (muhamiler) ancak bu şekilde halkın güvenini ve hâkimlerin saygısını kazanabilirler³⁵.

Ali Haydar “Nasıl bir Kanun isteriz?” başlıklı makalesinde, Osmanlı Devleti'nde avukatlığın Avrupa'da olduğu gibi gelişmemesinden yakınmaktadır. Halkın muhamilere karşı duyduğu güvensizliğin nedenini ise şöyle açıklar:

“*Gönül isterdi ki bir vekil yalan söylemesin, haksız olduğuna kani bulunduğu davayı kabul etmesin, refikinin hukukuna riâyet etsin. Halk o derece emin olsun ki, bir muhami, dünyanın en namuslu bir adamıdır, haksız iş almaz, aldığı işi sonuna kadar takip eder ve böyle bir adama mukaddesâtın tevdiinde zerre kadar tereddüt edilemez. Filhakika menfaatini istihkar eden, haktan*

³³ “Ecnebi Dava Vekilleri”, *Mizan'ül-Hukuk*, Sene: 1, S. 46, 1325, s. 538-539.

³⁴ Fikri, 1337, s. 10-26.

³⁵ Toptaş, s.318.

başka bir vasıta, hakikatten başka bir hedef aramayan, içtihadı uğruna çalışan, müvekkiline bazen bir vasî takayyüdüyle, bazen bir peder veya birader şefkatiyle bakan, izzet-i nefis sahibi, halûk fedakâr, şefik bir muhami dünyanın, izzet ve kudsiyete yaklaşmış en büyük adamıdır. Meslekte böyle mümtaz simaların vücudu yavaş yavaş hürmet ve emniyet-i umûmiyeyi celb eder ve diğerlerine de numune-i imtisâl olur.”

Ali Haydar’ın yazısında kullandığı bu sözler aslında bir muhaminin nasıl olması gerektiğini de göstermektedir. Aynı makalede Ali Haydar, dava vekilliğinin iyi eğitim ve terbiye almamış kişilerce yapılması halinde telafi edilemez zararlar doğuracağını şu sözleriyle vurgulamıştır:

“Usûl-i muhakemenin tayin ettiği şerâiti ezberinden bülbül gibi saydığı hâlde sahih bir dava arzuhâli yazamayan, hukuk ıstılahlarını daha doğru dürüst söyleyemeyen nice arkadaşlara tesadüf ediyoruz. Kaldı ki muhamilik için yalnız meziyet-i ilmiye de kâfi değildir. Mesleğin bir de ahlâkî safhası vardır ki o daha mühimdir. Bu safhanın tesiri umumdur.”

Bu cümleler de, ezbercilikle avukatlık mesleğinin icra edilemeyeceğini, mutlaka iyi bir hukuk eğitimi alınmasının zorunluluğunu göstermektedir³⁶. Yazarın “*Namus ve istikametten sonra bir muhâmîde aranılacak en büyük şey, ehliyet ve tecrübedir. Maatteessüf bugün öyle kimseler görülüyor ki müdafaa namına söyledikleri birtakım tekerlemelerden, yazıları serâpâ imlâ hatalarından mürekkeptir ve nice muhâmî taslakları görüyoruz ki müdafaa etmek istediği mevzûu daha kavrayamamıştır. Ve bunda deruhte ettikleri davalardaki muvaffakiyetlerini mevzu-ı davada, vesaikinin kuvvetinde ârâ-yı müellifin veya içtihadât-ı mehâkim ile tavazzuh etmiş mütûn-ı kavâninde değil, belki hasmının sehven sarf etmesi muhtemel olan bir cümlesinde arıyorlar ve artık dava, hâlli muktezi bir mesele-i hukûkiye olmaktan ziyade tarafeynin hüner-i ibrazına müsait bir müsabaka meydanı hâlini iktisâb ediyor*” şeklindeki sözleri ise avukatın tecrübe ve bilgisinin ne kadar önemli olduğunu göstermektedir.³⁷

Osmanlı hukukçuları, avukatın dava almak için müvekkil arama çabasına girmemesi konusunun da üzerinde durmuşlardır. Örneğin Lütfi Fikri “*Efendiler, ...müşteri arkasında koşmak müşteri aramak bir avukat için en ayıp ve zül bir keyfiyettir. O yazıhanesinde oturacak müşteri celb ve taharrî etmek için hiçbir şey yapmayacak gelen olursa işlerine bakacaktır.*” diyerek avukatın iş peşinde koşmasını ayıp olarak nitelendirmiştir³⁸.

V. Avukatların Hak ve Yükümlülükleri

Vekâlet sözleşmesi her iki tarafa borç yükleyen bir akittir. Avukatın davayı kabul etme veya reddetme hakkı, dosya inceleme hakkı, tanıklıktan çekinme hakkı, duruşmayı terk hakkı, söz hakkı (söz hürriyeti), müvekkilinden ücret isteme, baroya katılma, baro idare meclisini seçme ve seçilme hakları vardır³⁹. Avukatların yükümlülükleri özen yükümlülüğü, sır saklama yükümlülüğü, haksız bulduğu işi reddetme yükümlülüğü, dosya tutma yükümlülüğü, reklam yasağı, yazıhane edinme yükümlülüğü, avukata yaraşır kılık kıyafetle görev yapma yükümlülüğü,

³⁶ Ali Haydar. “Mesleğin Tealisi Neye Mütevakkıftır? Nasıl Bir Kanun İsteriz? Muhasebe Biraz da Tarihçe”, *Muhamat Dergisi*, Numara:11-55, 1338, s. 339-347, s.339-340.

³⁷ Ali Haydar, s. 343.

³⁸ Fikri,1337, s.20-21.

³⁹ Güner Semih. *Avukatlık Hukuku*, Ankara Barosu Yayınları, Ankara, 2003, s.212-343.

işi sonuna kadar takip etme yükümlülüğü, hâkim ve savcılara saygılı davranma yükümlülüğü, mesleki dayanışma içinde bulunma yükümlülüğü, baro levhasına yazılma şeklinde sıralanabilir⁴⁰.

Avukatın “haklı gördüğü” davayı alması Osmanlı hukukçuları tarafından hak olarak kabul edilmiştir. Lütfi Fikri, dava vekilinin haklı gördüğü davayı kabul etmesi kadar gerektiği zaman davadan çekilmesini avukatın görevlerinden sayar. Şöyle ki, muhami bakmakta olduğu bir davanın sonradan haksız olduğunu anlarsa davadan çekilmesi gerekir ki bu durum muhami için aynı zamanda vicdani bir sorumluluktur. Ayrıca, bir avukatın karşı tarafın “nüfuzlu ve güçlü biri” olması durumunda bile çekinmemesi ve müvekkilinin haklarını en iyi şekilde savunması gerekir. Yazar, avukatların hâkim karşısına kendi şahsi işleri için değil müvekkillerinin haklarını savunmak için çıktıklarını bu nedenle hâkimlere karşı saygılı davranmalarının da görevleri olduğunu bildirmiştir⁴¹. Savunma, aynı zamanda avukatın en önemli görevidir.⁴²

Şekib bu konuyu “Muhâmînin Hukuk ve Vezâifi” adlı makalesinde ele almıştır. Yazıda, muhaminin doğruluk ve dürüstlük kuralı çerçevesinde mesleğini yapmasının ve hukuka uygun davranmasının en önemli mesleki yükümlülüğü olduğunu belirtilmiştir. Dava vekilinin mazereti olmadan duruşmalara katılmaması yargılamanın gereksiz yere uzatılmasına neden olduğu için doğruluk ilkesine aykırı olarak yorumlanmalıdır. Şekib’e göre avukatın davada kullandığı tüm belgeleri titiz bir şekilde incelemesi ve doğruluğundan emin olmadığı belgeleri müvekkiline danıştıktan sonra kullanması gerekmektedir⁴³. Yazar, “İstihkar-ı Menfaat” adlı makalesinde ise dava vekilinin menfaat gözetmeden iş yürütmek zorunda olduğuna dikkat çeker⁴⁴.

Dava vekilinin hak ve yükümlülükleri konusunda 1912 yılında Muhamat dergisinde isimsiz olarak yayınlanmış “Meslek-i Muhamatın Adabı Hakkında Nefsimize Hitap” başlıklı makalede, hakkın yerine getirilmesi dava vekilinin en önemli görevi olarak gösterilmiştir. Bu nedenle, muhaminin kendi hukuki görüşünü ve ilgili içtihatları mahkemeye arz etmesi, karşı tarafın iddialarına hukuk çerçevesinde cevap vermesi zorunludur⁴⁵.

⁴⁰ Güner, s.348-478.

⁴¹ Fikri,1337, s.16-18.

⁴² “*Dava vekâleti mesleği mücerred maksad-ı müdafaaaya ibtinâen teessüs etmiş olduğuna nazaran vekil bu vadide harikalar izhâr ederek muhakkak ve fakat mağdur pençe-i zindanında kahr ve tedmîr olmakta bulunan bîçaregânın hayatını; ailesine terk edeceği namusunu tahlis; nâmında şöhretinde mündemiç olan silinmez bir şâibeyi mahv ve izâleye cehd ve gayret ve vesâit-i kanûniyeyi edille-i takdîriyenin bahşeylediği kuvvet ve miknet-i müdafaaı isti'mâl eyleyerek izhâr-ı hakka ve tebriye-i mâsûmiyete çalışır.Mal ve menâli yed-i gâsıbına geçmiş kimselerin müdafaa eyleyerek ikbâl ve saadetin tabakat-ı âliyesinde iken bu âlem-i fânide mevcut olan vesâit-i şer'îye/şerih (?) sebebiyle servet ve sââmâm elinden alınarak fakr u sefâletin dereke-i amîkinde püyân olan zavallıları kavânin-i tabiiyye ve mevzu'anın bahşeylediği iktidar ve salâhiyet-i hâkimâne sayesinde tahlis ederek hukukun eydî-i gâsıbında bulunmasını men' ve bu bâbda çaresâz olur. İşte bunun içindir ki bir vekil evvelâ kuvve-i adliyenin mukarrerâtını tenvir ve izhâr, vâzı'-ı kanunun maksadını izah ve beyan ve mevzu-ı bahis olan kavâninin vihethi hikemiyesini tefsir ve tevsî' eyleyerek ahkâmın dâire-i hak ve adl dâhilinde sudûrunu tehyie ve teshil, sâniyen mevâd-ı kanûniye ile tevsî' etmek gibi bir mühimme-i içtimâiyeyi ifâ, sâlisen münâzara ve münâkaşâtın müfîd müstakim ve mâkûl olması emrinde ihtiyârî olmayarak mukaddes olan hakk-ı müdafaaı kemâl-i serbestî ileisti'mâl ve bu cihetle izhâr-ı hakka sıyânet ahvâle var kuvvetiyle çalışır. İşte bu hâldedir ki bir dava vekili cemiyet-i beşeriyeye, benî nev'ine cidden hizmet eylemiş olur.” Avukatın, hakkı heder olanları savunarak topluma hizmet edeceğini belirtmiştir. Şekib, Ş. “Tarihçe-i Muhamat: “Müdafaa”, *Muhamat Dergisi*, S.20, 1328 (d), s. 622-624, Şekib, s. 622-623*

⁴³Şekib, Ş. “Tarihçe-i Muhamat: Muhâmînin Hukuk ve Vezâifi”, *Muhamat Dergisi*, S.16, 1328(c), s. 503-505, s. 503.

⁴⁴ Şekib, Ş. “Tarihçe-i Muhamat: İstihkar-ı Menfaat”, *Muhamat Dergisi*, S.18, 1328(b), s.562-568, s.561-563.

⁴⁵ (Yazarı Bilinmiyor) “Meslek-i Muhamatın Adabı Hakkında Nefsimize Hitap”, *Muhamat Dergisi*, S. 8, 1327, s. 235, 237, s. 235- 236.

Savunma görevinin yapılabilmesi için avukatların söz hakkını rahatça kullanabilmesi gerekir. Kohen, “Avukatların Hakk-ı Kelamı” isimli makalesinde Fransa’da görülen bir davada söz hürriyetine verilen önemi aktarmaktadır. Makaleye konu olan dava özetle şu şekildedir: Avukat Viviani müvekkili aleyhine açılan davada iddianameyi “*haksız, garip ve keyfi*” sözleri ile nitelendirmiş ve bunun üzerine savcı tarafından avukat hakkında mahkemeye hakareten dolayı takibat yapılmıştır. Mahkeme, avukatı suçlu bulunca karar temyiz edilmiştir. Toulouse İstinaf Mahkemesinde görülen temyiz duruşmasında (baro reisi) Maitre Cartier, avukat Mösyö Viviani’yi savunmuştur. Duruşmada, Mösyö Viviani’nin avukatlığını yapan Mösyö Cartier, bu kararın müvekkilini ilgilendirdiği kadar tüm avukatların savunma özgürlüğünü ilgilendirdiğini söylemiştir. Cartier “*Eğer avukatı, yürürken adımlarını sağlamlaştırmak isteyen bir adam gibi sözlerini ölçmeye, tartmaya, fikir ve maksadına verilecek mânânın tefsirinden ihtiraza mecbur kılersanız, irticalen irad edilen nutukların âlicenâb-ı sünûhâtını boğmak, belâgatın menba’ını kurutmak tehlikelerini ihzâr etmiş olursunuz.*” sözleriyle avukatın söz hakkının kısıtlanamayacağını dile getirmiştir. Sonuçta Mösyö Viviani’nin mahkemeye hakaret etmediğine ve sarf ettiği kelimelerin “söz özgürlüğüne” girdiğine karar verilmiştir.⁴⁶

Muhamilerin birbirlerine saygı göstermeleri, dayanışma içinde olmaları kendilerine yüklenen bir ödevdir. Şekib, “*Dava vekilleri meyânında –sâir meslek erbabından ziyade- daire-i refâkatın pek metin bir habl ile merbur ve mütemessik olması lâzım gelir.*” *Erbâb-ı hukuktan birisi demiştir ki: Aynı tahsil görmüş aynı tedrisgâhda büyümüş ve aynı efkâr ve hissiyâtla me’lûf olmuş iki vekil her ne kadar mehâkim huzurunda temenniyât ve matlûb-ı mütezâda ve mütebâyenede bulunurlarsa da matmah-ı nazarları yine aynı maksada hizmet etmektedir. Hissiyât-ı mütekaabile-i refâkatkârî vükelâ-yı de’âvî için bir vüçûb-ı kat’î tahtındadır. Bu sayededir ki bazen bir davayı müştereken ve müttehiden tetkik ve müdafaa ederler. Meydan-ı müdafaaaya girmeden evvel hüsn-i niyetle tarafeyni musâlaha etmeye teşebbüs ederler. Vakâr ve temkinden ârî mücadele rengini iktisaba isti’dâd gösteren her cereyan muhakemeyi bu suretle dûçar-ı sekte eden ahvâlde bir mâni’-i kavî olan itidâle riâyet ederler. Haslet-i refâkat vekillerin yekdiğerine karşı mükellef oldukları bilcümle vezâifi şamildir. İhtirâm ve fedâkârî-i mütekaabile ile irâe olunan hiss-i gayret yekdiğer, mesleğin mehâbet ve azametini rû-nümûn olduğundan alelumum mecâlis-i inzibat bu hâlin sıyânet ve hıfzını her dâim taassubkârâne bir surette iltizâm eyler. Refâkat genç vekillerin heyetinde kıdem peydâ etmiş olanların himâyelerini kabul ve onlar hakkında bir hürmet-i mahsûsa beslemelerini, müşkülleri zuhurunda onların nesâyih ve irşâdâtına müracaat etmelerini icap ettirdiği gibi bi’l-mukabele kadim vekillerin mesleğe henüz ibtidâ edenlere sahâbet ve teşvik ve delâlet etmelerini emir ve icap eyler. Meslekte kendinden kadim olan bir vekile karşı vecibe-i hürmette kusur etmek mücâzât-ı intibâhiyeyi dâ’î olan ahvâlden ma’dûddur.*” sözleriyle konunun önemini vurgularken,⁴⁷ Ali Haydar avukatlık mesleğinin refakate verdiği önemi “*Bir de rüfekanın yekdiğerine olan vaziyetleri mümkün olduğu kadar âdab ve nezâket içerisinde cereyân etmelidir. Meslek refâkati, öz kardeşliğin temin ettiği rabitadan daha kudsî, daha hassastır. Çünkü hepimiz de, hak ve hakikat müdafaaası ordusunun fedakâr askerleriyiz. Kıdeme, ilme hürmet, genç*

⁴⁶ Viviani (Çev: N.Kohen). “Avukatların Hakkı Kelamı”, *Hukuki Bilgiler Mecmuası*, Sene I, S. 12, 1927, s. 783-792.

⁴⁷ Şekib, 1328 (b), s. 562-563.

arkadaşlara muhabbet ve şefkat muamelemizde yekdiğerimize ibraz-ı nevâziş ve nezaket bizim için meslek ve ilim borcudur” şeklinde dile getirmiştir.⁴⁸

Osmanlı hukukçuları, muhaminin mahkemeye karşı saygılı olmasını bir yükümlülük olarak görürlerken, hâkimlerin avukatlara saygı konusunda aynı hassasiyeti göstermediklerinden yakınmışlardır. Örneğin, Mardinizade Ahmed Muhtar “*Memleketimizde Dava Vekâleti, Avukatlık Muhamilik*” adlı makalesinde, dava vekilliği mesleğine ilk başladığı zamanlarda başından geçen bir anısını aktarmaktadır. Mardinizade, bir mahkeme reisinin davalı vekilini “*muntazaman işbu mahkemeye devam etmez isen seni büsbütün, icrâ vekâletinden men ve zecr eder ve adem-i kabulün için mehâkime yazarım*” diye tehdit ettiğini bu durum karşısında vekâlet mesleğinin (avukatlığın) bağımsız bir meslek olarak değil de hâkimlerin emri altında ona bağlı yapılan bir meslek olduğu kanısına kapıldığını belirtmiştir⁴⁹.

Kahveciyan ise muhamilerin hâkimlere karşı saygılı davranmak zorunda olduklarını, saygısızlık yapan dava vekillerinin tasfiye edilmesi gerektiği fikrindedir⁵⁰. Şekib, “*Müdafaa*” başlıklı yazısında, muhaminin savunma görevinin, hâkimlerin verdiği hizmetten daha az olmadığına dikkat çekerek “hâkimlik” ve “dava vekilliği” meslekleri arasındaki ilişkinin birbirlerine karşı bazı davranış kalıpları getirdiğine dikkat çekmiştir⁵¹.

Lütfi Fikri ise hâkimler ve avukatlar arasındaki ilişkiyi “*Hükkâm ve avukatlar birbirinden ayrılamaz biri muhterem mi öteki de mutlaka muhteremdir. Biri değilse öbürü hiç değildir. Onun için bu hakikati biz avukatlar ve hükkâm bihakkın anlamalıyız ve el ele vermeliyiz*”⁵² şeklinde tanımlamıştır. Bu cümle hukukçular arasındaki dayanışma yükümlülüğünün önemini göstermektedir. Yazar, avukatların görevlerini yaparken saldırıya uğraması halinde hâkimin derhal saldırgana ceza vermesi gerektiğini, aksi halde avukatların şahsi güvenliklerinin kalmayacağını ve savunma görevini yerine getiremeyeceklerine dikkat çeker. Lütfi Fikri’ye göre avukat, müvekkilinin ne alelâde bir vekili ne de sevap kazanmak ya da ödül almak için bir işi yerine getiren kişidir. Bir başka ifadeyle, avukat ile müvekkil arasındaki ilişkisinde avukatın bağımsız olması ve özgür hareket etmesi söz konusudur⁵³.

Sır saklama yükümlülüğüne gelince, Osmanlı hukukçuları, “sır saklamayı” avukatın en önemli yükümlülüklerinden biri olarak kabul etmişlerdir. Muhami, müvekkilinin sırrını saklamak zorundadır ve bu konuda şahitlik yapması istenemez. Lütfi Fikri, makalesinde şöyle demektedir:

“Efendiler, bir avukatın müvekkiliyle olan rabitasında ona karşı olan en büyük vazifelerinden biri de –hiç söylemeye lüzum görmüyorum çünkü hepinizce mâlûmdur – kendisine

⁴⁸ Ali Haydar, s. 345.

⁴⁹ Mardinizade, Ahmet Muhtar. Memleketimizde Dava Vekâleti, Avukatlık Muhamilik, *Muhâmât Dergisi*, Numara: 2-48, 1337, s. 145-148, s.111-114.

⁵⁰ Kahveciyan,1328, s.456.

⁵¹ Şekib, Ş. “Tarihçe-i Muhamat: Müdafaa”, *Muhamat Dergisi*, S.20, 1328 (d), s. 622-624, s.622.

⁵² Fikri,1337, s.19-20.

⁵³ “*Efendiler, meseleye münhasıran şu dediğim nokta-i nazarlardan bakacak olur iseniz teslim mecbur olacağız ki bir avukat müvekkilinin ne alelâde bir vekili ve ne hangi nev’den olursa olsun bir ecîridir, avukatla müvekkili arasındaki rabita büsbütün başka, husûsî bir şeydir. Ve bu rabitada avukatın hürriyeti, istiklâli ve hatta adem-i mesûliyeti esastır. Onun için bir avukat hakkında müvekkili hiçbir suretle “sen benim için şöyle müdafaa ettin yok böyle müdafaa ettin bana şundan dolayı zarar getirdin” tarzında bir davada bulunamaz. Nasıl ki hükkâm hakkında da böyledir. Onların da karar ve hükümlerinden dolayı haklarında zerre kadar bir zarar ve ziyan davası ikame edilemez.” Fikri,1337, s.23.*

tevdi olunan esrarı en mukaddes bir emanet gibi hıfzetaştır. Bu, avukat için o kadar ve kanunî bir mecburiyettir ki vazifesi itibariyle müvekkilinin vâkıf olduğu esrârı hakkında hiçbir suretle şehâdette icbâr edilemez yani bunlar bir “secret professionnel” (meslek sırrı) teşkil eder. İfâ-yı şehâdette hangi şey bu nev’ bir sırdır hangisi değildir, bunun takdir ve tayini sırf onun vicdanına kalmıştır. Bu bâbda hâkim kendisine hiçbir suretle cebr edemez, çünkü bu bâbda hâkime hakk-ı takdir verilirse o hakk-ı takdirini kullanılabilmek için dolayısıyla avukat ifşâ-yı esrara mecbur edilmiş olur ki bu kat’iyen câiz değildir. Avukatın bu bâbda o kadar mutlak bir hakk-ı takdiri vardır ki bizzat müvekkili yani sırrın sahibi razı olsa bile yine ifşâ etmemek hakkıdır. Bunun için bir itimat bir şeref ve haysiyet meselesidir.”

Alıntıdan da anlaşıldığı üzere Lütü Fikri avukatın müvekkiline karşı en büyük sorumluluklarından biri müvekkilinin sırrını saklamak olduğunu düşünmektedir. Aynı zamanda avukat, müvekkiline ait olan gizli bilgileri açıklaması için şahitlik yapmaya zorlanamaz. Hâkim, meslek sırrı kapsamına giren bu bilgilerin açıklanması için baskı yapamaz. Diğer yandan müvekkil razı olsa bile meslek sırrını açıklamamak avukat için mutlak bir haktır. Yani rızaya rağmen sırrı açıklamama özgürlüğüne sahiptir⁵⁴.

Osmanlı hukukçularına göre “ tarafları barıştırmak”, uzlaşmaya davet etmek de avukatların en önemli görevleri arasında yer almaktadır. Lütü Fikri, kendi maddi menfaatine aykırı olmasına rağmen insanları barıştırma yükümlülüğü olduğunu altını çizer⁵⁵. Toptaş Artin uzlaştırma konusunda

“...Karışık ve pürüzlü bir husustan dolayı tarafeyni celb ile bunların beynlerini bularak sulh etmekten tatlı ve aileler beyninde edep ve belki ahlâka muhalif husûsâtı dünyaya fâş ve ifşâ ve neşr etmeksizin kökünden kat’ etmekten keyifli ve zevcât ve ekârib ve dostların aralarını bulmaktan daha zevkli bir mesele farz olunabilir mi? İki taraf beynindeki muârezeyi def’ ederek bunları sulh etmekten âlî bir hizmet tasavvur olunamaz. Binâenaleyh dava vekillerinin en birinci vazifeleri kendilerine müracaat eden zevâtı sulh etmektir....” diyerek Lütü Fikri’ye katılmaktadır⁵⁶.

Osmanlı hukukçuları, avukatın kılık kıyafet konusunda özen göstermesi gerektiğini düşünmüşlerdir. Bir avukatın sadece mahkemeye giderken değil günlük yaşamda da mesleğine yaraşır bir biçimde giyinmesi mesleğin gereğinden sayılmıştır.⁵⁷

VI. Baro

20. yüzyılın başında dava vekillerinin mesleki olarak örgütlenmesi, sorunların çözülmesi ve mesleğin toplumsal işlevini yerine getirebilmesi açısından zorunlu görülmüştür. Dönem hukukçuları, muhamilerin mutlaka baro levhasına kayıt yaptırması gerektiğini söylerken bağımsız, güçlü ve meslektaşlarını koruyacak bir baroya olan ihtiyaca dikkat çekmişlerdir. Lütü Fikri, iki yüz yıl öncesinde bile Fransa’da baronun özgür ve güçlü bir kurum olduğunu hatırlatarak, memleketimizde baronun kendi haklarını henüz tam olarak sağlayamamış olduğunu söyler. Makalede, baronun üyesini koruyabilmesi için bağımsız ve güçlü olmasının önemine dikkat

⁵⁴ Fikri,1337, s. 25.

⁵⁵ Fikri,1337, s. 15.

⁵⁶ Toptaş, s.320.

⁵⁷ Fikri,1337, s.19.

çekilerek hazırlanan Muhamat Kanunu'na baroların bağımsızlığını sağlayacak maddeler konulmasının zorunlu olduğu ifade edilmiştir⁵⁸.

Kahveciyan 1909 yılında yazdığı “*Mesleğin İki Türü Tariki*” adlı makalesinde, “..Doğru tarik baro tarikidir. Cetvele itina ve riâyet edilmelidir ve inzibatsız tarikler artık seddolanmalıdır...” ifadesiyle dava vekilliği mesleğinin kurumsallaşması ve geleceği açısından baro levhasına kayıt yaptırmanın önemini vurgulamaktadır⁵⁹. Şekib ise baro ile ilgili olarak kaleme aldığı 1911 tarihli “*Dava Vekâleti Hakkında Birkaç Söz*” isimli yazısında, Avrupa devletlerinde baronun kurulmasının ardında dava vekillerinin disiplin altına alınması amacının bulunduğunu ifade etmiştir⁶⁰. Yuvanaki Yorgiyadis, baronun dava vekilleri üzerinde denetim sağlayabilmesi için memurların tabi olduğu sicil hükümlerinin uygulayabileceğini söylemiş bir başka deyişle baronun denetiminin gerekliliğine değinmiştir⁶¹.

Toptaş, 1921 yılında çıkan yazısında “... otuz beş yaşında bulunan baro hadd-i bülûğa vâsıl olmuş ise de henüz rüşdünü ispat edememiştir.” diyerek, baronun kurulması üzerinden geçen otuz beş yıla rağmen kendisinden beklenenleri yerine getiremediğini dile getirmiştir⁶².

Baro konusunda Mardinizade Ahmed Muhtar'ın düşünceleri çok dikkat çekicidir. Mardinizade, baronun kurulmasından sonra memuriyetten istifa ederek dava vekilliğine başladığını ifade etmiştir. Bu durum, baronun avukatlar açısından önemli bir güvence olarak algılandığını göstermesi açısından önem taşımaktadır⁶³.

Verilen örneklerden anlaşıldığı gibi, dönem hukukçuları avukatlık mesleğinin bağımsız bir şekilde yapılabilmesinin ancak güçlü ve özgür bir baro sayesinde olabileceği konusunda hemfikirdirler.

VII. Vekâlet Ücreti Konusu

Vekâlet ücreti, davanın görülmesi veya yapılan hukuki yardımın karşılığı olarak ödenecek parayı ifade eder. Vekâlet iki taraflı bir akit olduğundan bunun karşılığında ödenecek olan vekâlet ücreti bir taraf için hak olurken diğer taraf için yükümlülük olarak karşımıza çıkar⁶⁴. İncelenen dönemde hukukçular, vekâlet ücreti kararlaştırılırken uyulması gereken bazı kurallar üzerinde durmuşlardır. Örneğin, vekâlet ücreti için senet verilmesi, vekâlet ücretinin dava meblağının belli bir oranı olarak da belirlenmesi veya avukatın ücret yerine geçmek üzere müvekkilden başka bir mal alması uygun görülmemiştir.

Lütfi Fikri'ye göre vekâlet alacağını tahsil edemeyen bir avukatın müvekkili hakkında hukuki takibat yapması da hoş görülmeleyen bir davranıştır. Lütfi Fikri, uygulamada bazı uyanık

⁵⁸ Fikri, 1337, s. 14-16.

⁵⁹ Kahveciyan, Hacik. *Mesleğin İki Türü Tariki*, *Muhamat Dergisi*, S.29, 1329, s. 882-885, s. 885.

⁶⁰ Şekib, Ş. “*Dava Vekâleti Hakkında Birkaç Söz-2*”, *Muhamat Dergisi*, S.4, 1327(a), s. 109-113, s. 109.

⁶¹ Yorgiyadis Yuvaniki. “*Meslek-i Muhamat*”, *Muhamat Dergisi*, S.2, 1327, s. 56-58, s. 58.

⁶² Toptaş, s. 179.

⁶³ Mardinizade'nin sözleri şu şekildedir: “*Meşrûtiyet'in sayesinde vukû bulan baro teşkilâtı meslekte bir eser-i hayat mevcud olduğu, istikbâl maişeti dahi ahrârâta yani şeref ve şan ile temin olunacağı kanaati hâsıl oldu. Ol vakit meslek-i memuriyet azaptan, himâye ve müzâheret kuvvetiyle ihrâz olunacak menâsib-i müntinden hamd olsun kurtularak şevk ve muhabbet-i sâbika ile işbu meslek-i kudsi-i saadet ve şeref-perverâneye kemâl-i samimiyyet vekat'iyet ile kendimi bağladım ve lehülhamd mes'ûd ve bahtiyâr olarak işbu meslek sayesinde yaşadım, yaşıyorum ve yaşayacağım*”. Mardinizade, s. 148.

⁶⁴ Güner, s. 286 vd.

müvekkillerin kötü niyetli hareket ettiklerini ve avukatlarını azleden bu kişilerin daha önce ödedikleri vekâlet ücretini almak için baroya başvurduklarından bahsetmektedir. Yazar, müvekkilin dosyasını istediği zaman avukatından alabileceğini belirterek avukatların ücret ödenmeden dosyayı vermektan imtina etmelerinin uygun olmadığına dikkat çeker. Lütfi Fikri, Avrupa devletlerinin barolarının vekâlet ücreti konusunda çok hassas olduğuna değinerek Batı ülkelerinde bir muhaminin vekâlet ücreti için müvekkiline karşı takibatta bulunmasının hoş görülmediğini hatta müvekkili aleyhinde vekâlet ücreti için dava açan avukatın baro levhasından kaydının silindiğini belirtmiştir. Osmanlı Devleti'nde de baronun avukatların vekâlet ücreti konusunda haklarını korumak için çaba gösterdiğini ancak müvekkillerinden fahiş ücret talep eden bazı dava vekilleri bulunduğunu da hatırlatarak böyle durumlara baronun müsamaha göstermeyeceğini söylemiştir⁶⁵. Lütfi Fikri 18 Eylül 1923 tarihinde dava vekillerine gönderdiği "Rüfekamıza Tamim" adlı bir yazıda ise, muhamilerin vekâlet ücreti konusunda özenli davranmaları gerektiğini önemle hatırlatarak ücret sözleşmelerinin farklı sözleşmeler şeklinde yapılmamasını ve mesleğin onuruna uygun hareket edilmesini talep etmiştir⁶⁶.

Artin Toptaş, dava vekilinin vekâlet ücreti konusunda küçük pazarlıklara girmemesi ve ücreti alamadığı zaman müvekkil aleyhine mahkemeye başvurmamasını tavsiye etmektedir. Nitekim Toptaş, dava vekilliği mesleğinin onur ve itibarı için gerektiğinde fakir ve mazlumların davalarında gerekli yardımın yapılmasını mesleki bir görev olarak görmüştür⁶⁷.

SONUÇ

Çalışmamızda, 20. yüzyılın başından itibaren Osmanlı Devleti'nde dava vekilliği (muhamilik) yapan hukukçuların mesleğe bakış açıları ele alınmıştır. İlk olarak, Osmanlı hukukçularının, geçmişte dava vekillerinin kötü şöhretini silmek ve avukatlık mesleğini yüceltmek, saygın bir hale getirmek için büyük çaba gösterdiklerini söyleyebiliriz. İncelenen makalelerde yazarların avukatlık mesleğini, Avrupa ülkelerindeki avukatlık ile kıyasladıkları ve o seviyeye getirmek için verdikleri mücadele açıkça görülmektedir. Dönem hukukçularının, dava vekilliği mesleğinin kapsamı, vekillerde bulunması gereken özellikler, dava vekilinin hakları ve sorumlulukları, güçlü baro oluşturulması ve mesleğin itibarlı hale gelmesi için yapılacaklar konusunda hemfikir oldukları anlaşılmaktadır. Nitekim, dava vekilleri kendilerini "adaletin sağlanmasına hizmet eden makam" olarak kabul etmişlerdir. Ayrıca, o dönemde tartışılan bazı

⁶⁵ Fikri,1337, s. 23-26.

⁶⁶ " ...Memleketimizde ahalinin dava vekilleriyle olan münâsebâtı maatteessüf henüz pek nezih bir vadiye çıkamadığından baromuz rüfekanın müvekkilleriyle ücret-i vekâlet hakkındaki muameleleri hakkında bizzarûre bazı mertbe müsamahakâr bulunmak ve rüfekanın ücret-i vekâlet hususunda hukuklarını mahfuz bulundurmak için tedâbir-i meşrûa ittihâz edebilmelerine karşı ses çıkarmamak zarureti hissetmektedir. Fakat elbette ve elbette bunun makûl bir haddi olmak ve bu kat'iyen geçilmemek lâzım gelir. Hâlbuki rüfekadan bazılarının müvekkillerinden pek fâhiş ücretler talep etmekte oldukları ve hatta bu fâhiş ücretlerin gerek miktarlarını saklamak ve gerek bunların istifasını teshil ve temin etmek için muhâmiler gibi her heyet-i içtimâiyede efrâd-ı sâire için birer numune-i fazilet olmaları lâzım gelen zevâta kat'iyen yakışmayacak bir surette bu ücret-i vekâlet mukavelelerini güyâ alım satım veya refâen (?) gayr-i menkûlât teferruğu ve emsâli başka nev' birtakım mukaveleler hâline kal ve tahvil etmekte buldukları görülmekte olduğundan ve böyle bir şeye baroca asla müsamaha edilemeyeceğinden ba'demâ bu hususta cümleten dikkat edilerek ücret-i vekâlet hususunda hiss-i nisfete bir kat daha ihtimam buyurulması ve ücret-i vekâlet mukavelelerinin başka mukavele şekillerine tahvil ve ircâ gibi ahvâlden tevakkî edilmesi mesleğimizin şeref ve haysiyetini muhafazaten talep ve temenni olunur efendim" Fikri, Lütfi. Rüfekaya Tamim, Muhamat Dergisi, Numara: 24 -68, 1339, s.729.

⁶⁷ Toptaş, s.318-319.

sorunların günümüzde yaşanan sorunlarla olan benzerliği dikkat çekmektedir. Hukukçuların verdiği bu mücadele, hemen sonuçlarını doğurmasa da 1924 yılında yürürlüğe giren Muhamat Kanunu'nun içeriğinin belirlenmesinde etkili olmuştur.

KAYNAKÇA

Ali Haydar. “Mesleğin Tealisi Neye Mütevakkıftır? Nasıl Bir Kanun İsteriz? Muhasebe Biraz da Tarihçe”, *Muhamat Dergisi*, Numara:11-55, 1338, s. 339-347.

Akgündüz, Ahmet. “Husumet”, *TDV İslam Ansiklopedisi*, C. 18, 1998, s. 417-418. [HUSUMET - TDV İslâm Ansiklopedisi \(islamansiklopedisi.org.tr\)](http://HUSUMET-TDVIslamAnsiklopedisi(islamansiklopedisi.org.tr)). E.T. 27.8.2021.

Akyılmaz, Gül. Tanzimat'tan Önce Avukatlık Müessesesi, *Türk Hukuk Enstitüsü Dergisi*, C.12, 1998.

Atar, Fahrettin. *İslam Adliye Teşkilatı Ortaya Çıkışı ve İşleyişi* 6. Baskı, Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, İstanbul, 2020.

Bozkurt, Gülnihal, *Batı Hukukunun Türkiye’de Benimsenmesi*, 2. Baskı, Türk Tarih Kurumu, Ankara, 2010.

“Ecnebi Dava Vekilleri”, *Mizan ’ül-Hukuk*, Sene: 1, S. 46, 1325, s. 538-539.

Erem, Faruk. *Meslek Kuralları (Şerh)*, Ankara Barosu Yayınları, Ankara, 2007.

Esirgen, Örsten, Seda. Tanzimattan Cumhuriyete Avukatlık, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.63, S.4, 2014, s. 737-778.

Fikri, Lütfi. Avukatlık Mesleği, Mahiyeti ve İcabatı, *Hukuk ve Vezâifi - Şeref ve Haysiyeti ve Mecbûriyetleri*, *Muhamat Dergisi*, Numara: 41-45,1337, s. 10-26.

Fikri, Lütfi. Rüfekaya Tamim, *Muhamat Dergisi*, Numara: 24 -68, 1339, s. 729.

Güner Semih. *Avukatlık Hukuku*, Ankara Barosu Yayınları, Ankara, 2003.

Halebi, (Haz:Hüseyin Vanlıoğlu). *Kelime Manalı Yeni Mülteka Tercümesi*, C.4, Yasin Yayınevi, İstanbul, 2018.

Kahveciyan, Hacik. Dava Vekili Hâkime Muavenet Edecektir. *Muhamat Dergisi*, C.15, 1328, s. 451-456.

Kahveciyan, Hacik. Mesleğin İki Türlü Tarihi, *Muhamat Dergisi*, C.29, 1329, s. 882-885.

Kvasoğlu, Fuat. Meslek-i Muhamat, *Muhamat Dergisi*, C.1, 1327, s. 2-4.

Kocaoğlu, Sinan S. Tarihsel Perspektifi ile Türk-İslam Hukukunda Savunma Hakkı ve Müdafî, *Ankara: Ankara Barosu Dergisi*, Yıl 2010, C. S.4, s. 61-79.

Konan, Belkıs. *Türk Hukuk Tarihinde Avukatlık Kurumu*, Bilge Yayınevi, Ankara, 2021.

Mardinizade, Ahmet Muhtar. Memleketimizde Dava Vekâleti, Avukatlık Muhamilik, *Muhâmât Dergisi*, Numara: 2-48, 1337, s. 145-148.

Mısır, M. Haşim. *Mitolojide Savunma*, Gaziantep Barosu Yayınları, Gaziantep, 2012.

Özkent, Ali Haydar. *Avukatın Kitabı*, Arkadaş Kitabevi, İstanbul 1940.

Öztürk, Funda. Osmanlı Devleti'nin Adli Modernleşme Sürecinde Avukatlık Mesleği, Yüksek Lisans Tezi, *Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü*, Ankara, 2017.

Rober, Henri. Çev: Ali Haydar ve Suphi Nur. *Muhami*, İstanbul Teşebbüs Matbaası, İstanbul, 1340.

Şekib, Ş. “Şahadetnamesiz Dava Vekilleri”, *Mizan ’ül-Hukuk Dergisi*, 1325, s. 478-479.

- Şekib, Ş. “Dava Vekâleti Hakkında Birkaç Söz”, *Muhamat Dergisi*, S. 52, 1326, s. 69-71.
- Şekib, Ş. “Dava Vekâleti Hakkında Birkaç Söz-2”, *Muhamat Dergisi*, S.4, 1327(a), s. 109-113.
- Şekib, Ş. “Sanat-ı Muhâmâtî İcra Salahiyetini İhraz İçin Muktezî Şartlar”, *Muhamat Dergisi*, S. 7, 1327(b), s. 215-217.
- Şekib, Ş. “Tarihçe-i Muhamat-Avrupa’da Dava Vekâletinin Menşei”, *Muhamat Dergisi*, S.5, 1327(c), s. 135-137.
- Şekib, Ş. “Tarihçe-i Muhamat: Mezuniyet İcazet Licence”, *Muhamat Dergisi*, C.8, 1327(ç), s. 241-243.
- Şekib, Ş. “Tarihçe-i Muhamat Faslı Salis: Yemin ve Yeminin İfasındaki Merasim”, *Muhamat Dergisi*, S.10, 1328(a), s. 312-316.
- Şekib, Ş. “Tarihçe-i Muhamat: İstihkar-ı Menfaat”, *Muhamat Dergisi*, S.18, 1328(b), s.562-568.
- Şekib, Ş. “Tarihçe-i Muhamat: Muhâmînin Hukuk ve Vezâifi”, *Muhamat Dergisi*, S.16, 1328(c), s. 503-505.
- Şekib, Ş. “Tarihçe-i Muhamat: “Müdafaa”, *Muhamat Dergisi*, S.20, 1328 (d), s. 622-624.
- Şekib, Ş. “Tarihçe-i Muhamattan Mâbe’ad: Memleketimizde Muhâmin-i Ecnebiye”, *Muhamat Dergisi*, C.11, 1328 (e), s. 336-338.
- Şeref, Mehmet. “Muhami”, *Muhamat Dergisi*, Numara:25 -69, 1339, s. 782-786.
- Toptaş Artin. “Memleketimizde Dava Vekâleti, Avukatlık ve Muhamilik”, *Muhamat Dergisi*, Numara: 10-54, 1338, s.317-320.
- Viviani (Çev: N.Kohen). “Avukatların Hakkı Kelamı”, *Hukuki Bilgiler Mecmuası*, Sene I, S. 12, 1927, s. 783-792.
- (Yazarı Bilinmiyor) “Meslek-i Muhamatın Adabı Hakkında Nefsimize Hitap”, *Muhamat Dergisi*, S. 8, 1327, s. 235, 237.
- Yorgiyadis Yuvaniki. “Meslek-i Muhamat”, *Muhamat Dergisi*, S.2, 1327, s. 56-58.

FIDIC Kırmızı Kitap Kapsamında İnşaat Sözleşmelerinde Süre Uzatımı*

Eda ŞAHİN ŞENGÜL 

Dr. Öğr. Üyesi, Boğaziçi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı, eda.sengul@boun.edu.tr,
(Sorumlu Yazar / Corresponding Author)

| Makale Bilgileri | Öz |
|---|---|
| Makale Geçmişi Geliş: 23.02.2022 Kabul: 30.03.2022 Yayın: 30.03.2022 | <p>Çevremizde sıkça gördüğümüz, günlük hayatımızın bir parçası olan ve ekonomik olarak da büyük değer ifade eden inşaatlar için akdedilen inşaat sözleşmelerinde tamamlanma süresi sözleşmenin önemli bir unsurudur. Bu önemine istinaden taraflarca akdedilen inşaat sözleşmelerinde tamamlanma süresinin, hangi hallerde süre uzatımı ve buna ilave olarak ek ödeme istenebileceğinin ve gecikme halinde meydana gelen zarardan sorumluluğun düzenlendiği görülmektedir. İnşaatlar çoğunlukla pek çok farklı şirketin yer aldığı kapsamlı projeler olduklarından süre de dâhil olmak üzere proje esnasında ortaya çıkması muhtemel sorunların çözümü için sözleşmede hükümler öngörülmektedir. Bu kapsamda inşaat sözleşmelerinde sıkça FIDIC'in belirlediği standart kurallar benimsenmektedir. Çalışmamızın kapsamını inşaat işlerindeki sözleşme koşullarını ayrıntılı olarak düzenleyen ve güncellenmiş halinin 2017 yılında yayınlandığı Kırmızı Kitap oluşturmaktadır. 2017 tarihli Kırmızı Kitap kapsamında çalışmamız yüklenicinin inşaat sözleşmesi uyarınca edimini yerine getirmesi gereken süre kavramı ile kararlaştırılan süre içerisinde tamamlanmayan edimler bakımından yüklenici ve iş sahibinin hak ve talepleri inceleyecektir. Son olarak, inşaat sözleşmelerinde süre uzatımı Türk Borçlar Kanunu çerçevesinde ele alınacaktır.</p> |
| Anahtar Kelimeler: İnşaat sözleşmeleri, FIDIC kuralları, Süre uzatımı talepleri, Ek ödeme talepleri, Gecikmeden kaynaklı zarardan sorumluluk. | |

Extension of Time in Construction Contracts According to The FIDIC Red Book

| Article Info | Abstract |
|---|--|
| Article History Received: 23.02.2022 Accepted: 30.03.2022 Published: 30.03.2022 | <p>In construction contracts, which are part of our daily life and have great economic value, time for completion is an important element of the contract. Due to this importance, it is observed that construction contracts signed by the parties regulate the time for completion, liability for delay damages and under which circumstances claims for the extension of time for completion and additional payment may come to the fore. Since the constructions are mostly the big projects where many firms work together, provisions, including the time for completion, to solve the possible problems that may arise during the project are included in the contract. In this context, standard rules determined by the FIDIC are widely adopted in construction contracts. The focus of this study is the Red Book which sets forth the conditions of contract for construction and of which the updated version is published in 2017. This study will examine the concept of time that the contractor has to fulfil his/her performance in accordance with the construction contract and rights and obligations of the contractor and of the employer in the Red Book 2017 when the construction is not completed within the agreed time. Finally, the extension of time in construction contracts will be discussed within the framework of the Turkish Code of Obligations.</p> |
| Keywords: Construction contracts, FIDIC rules, Claims for extension of time for completion, Claims for additional payment, Liability for delay damages. | |

Atıf/Citation: Şahin Şengül, Eda (2022). "FIDIC Kırmızı Kitap Kapsamında İnşaat Sözleşmelerinde Süre Uzatımı", *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 5(1), s. 140-161.

Plagiarism: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. // This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.



"This article is licensed under a [Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/). (CC BY-NC 4.0)"

* Bu çalışma Mayıs 2021 tarihinde Eskişehir Osmangazi Üniversitesi tarafından düzenlenen 7. Uluslararası Asos Congress Hukuk Sempozyumunda sanal ortamda sunulmuş olan bildirinin değiştirilmiş ve genişletilmiş halidir.

GİRİŞ

Net olarak tanımlanmış sınırları olmayan ve çevremizde gördüğümüz her şeye katkısı olan inşaat sektörünün özelliklerinin basitten karmaşığa doğru değiştiği belirtilmektedir¹. Bu kapsamda pek çok farklı iş ortağının birlikte çalıştığı inşaat projelerinde çeşitli teknik ve kompleks problemlerle karşılaşılabilir². Bu projelerin etkin yönetimi amacıyla proje için akdedilen ve eser sözleşmesinin uygulamada en çok karşılaşılan türü olan uluslararası inşaat sözleşmelerinde yaygın biçimde FIDIC tarafından belirlenen standart kuralların benimsendiği görülmektedir³. *Fédération Internationale des Ingénieurs Conseils*'in kısaltması olan FIDIC, Uluslararası Müşavir Mühendisler Federasyonu anlamına gelmektedir. Bir dizi danışman mühendisin küresel bir Federasyon oluşturma olasılığını tartışmak üzere bir araya geldiği toplantı sonucunda 1913 yılında 59 üye ülkeyle FIDIC kurulmuştur. Dünya Savaşları ve yaşanan diğer büyük siyasi olaylar 1940'lı yılların sonlarına kadar FIDIC'in gelişiminin daha yavaş olmasına ve üye ülke sayısının sürekli olarak değişmesine neden olmuştur. Ancak 1959 yılından sonra FIDIC daha hızlı gelişmiş ve özellikle Avustralya, Kanada, Güney Afrika ve Amerika Birleşik Devletleri'nin de katılımıyla tam anlamıyla uluslararası bir Federasyon haline gelmiştir⁴.

Dünya çapında inşaat sektörüne yön veren belgeler arasında olan FIDIC Standart İnşaat Sözleşmeleri, ilk baskısını 1957 yılında, ikinci baskısını 1969 yılında, üçüncü baskısını 1977 yılında, dördüncü baskısını 1999 yılında⁵ ve son baskısını da 2017 yılında yayınlamıştır⁶. 2017 tarihli yeni baskı, FIDIC tarafından 1999 tarihli Kırmızı Kitabın (*Red Book* - İnşaat İşleri Sözleşme Koşullarının) güncellenmiş halidir. FIDIC 1999 tarihli Kırmızı Kitap, 1999 tarihli Sarı Kitap (*Yellow Book* - Tesisat ve Tasarım-Yapım İşleri için Sözleşme Koşulları) ve 1999 tarihli Gümüş Kitap (*Silver Book* - Anahtar Teslim Projeler için Sözleşme Koşulları) ile birlikte yaklaşık yirmi yıl boyunca inşaat sektöründe yaygın olarak kullanılmıştır. 1999 tarihli Kırmızı Kitap özellikle yüklenicinin işleri iş sahibi tarafından sağlanan bir tasarıma uygun olarak inşa ettiği projelerde, iş sahibi ve yüklenici arasında dengeli bir risk paylaşımı oluşturma ilkesinden hareket etmiştir. Kırmızı Kitabın 2017 tarihli ikinci baskısı da dengeli risk paylaşımına ilişkin temel ilkeleri muhafaza edip FIDIC 1999 tarihli Kırmızı Kitabın 18 yıllık uygulamasından elde edilen deneyimleri dikkate almıştır⁷. 2017 tarihli Kırmızı Kitap, genel olarak, bildirimler ve diğer iletişim gereksinimleri hakkında daha fazla ayrıntı ve netlik içermekte, iş sahibi ve yüklenici taleplerini ihtilaflardan arı biçimde ve eşit şekilde ele almakta, anlaşmazlıklardan kaçınma yöntemleri düzenlemekte ve kalite yönetimi ile yüklenicinin işi sözleşmeye uygun şekilde tamamladığına ilişkin kontrol mekanizmaları bakımından detaylı hükümler getirmektedir⁸.

¹ Klee, Lukas. *International Construction Contract Law*, Wiley Blackwell, Oxford, 2018, s. 1.

² Bkz. Balkanlı Eryiğit, Nur/Yaylan Sevimli, Betül/Gürcanlı, Gürkan Emre/Bilir, Senem. "FIDIC Sözleşmeleri'ndeki Yeniliklerin Değerlendirilmesi ve Eski Versiyonlarla Karşılaştırılması" *ElCezeri Journal of Science and Engineering*, C. 8, S. 1, 2021, s. 504.

³ Tüzemen Atik, Ebru. "FIDIC Kırmızı Kitap (New Red Book) Kuralları Uyarınca İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu" *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XVIII, S. 2, 2014, s. 54.

⁴ FIDIC, History, <https://fidic.org/history> (Erişim Tarihi: 23.2.2022).

⁵ Balkanlı Eryiğit/Yaylan Sevimli/Gürcanlı/Bilir, s. 505.

⁶ 2017 tarihli Kırmızı Kitap için bkz. FIDIC Construction Contract 2nd Ed. (2017 Red Book), <https://fidic.org/books/construction-contract-2nd-ed-2017-red-book> (Erişim Tarihi: 23.2.2022) ('2017 Red Book').

⁷ 2017 Red Book.

⁸ 2017 Red Book.

Çalışmamız 2017 tarihli Kırmızı Kitap çerçevesinde inşaat sözleşmelerinde süre uzatımını (ek süre talebini) incelemektedir. Elbette her sözleşmede tarafların o sözleşmeyle yükümlendikleri edimleri belirlenen sürede ifa etmeleri beklenir. Bir inşaat sözleşmesinde de yüklenicinin inşaatı sözleşmede kararlaştırılan sürede teslim etmesi gerekir⁹. Ancak inşaatların tamamlanması genellikle uzun süre aldığından uygulamada sıkça yüklenicinin kendisine ek süre verilerek teslim vadesinin uzatılmasını talep ettiği görülmektedir¹⁰. Bir inşaatın gecikmesi işteki önemli bir dönüm noktasının veya sözleşmenin tamamlanma tarihinin öngörülen tarihten daha geç gerçekleşmesi anlamına gelmektedir¹¹. İşin tamamlanmasında gecikmeye çoğunlukla öngörülemeyen olay(lar)ın, işin kapsamındaki veya saha koşullarındaki değişikliklerin ya da yanlış yönetimin sebep olduğunun altı çizilmektedir¹². İnşaat sözleşmelerinde söz konusu taleplerin önüne geçmek ya da hangi koşullar altında iş sahibi tarafından bunların kabul edileceğini düzenlemek önemli olmaktadır. Bu kapsamda sözleşmeye süreye ilişkin madde ekleme yönünde artan bir eğilim olduğu gözlemlenmektedir¹³.

2017 tarihli Kırmızı Kitap da hangi hallerde inşaatın tamamlanma süresinin uzatılabileceğine ilişkin hususları ayrıntılı olarak düzenlemektedir. Taraflar hem zamandan tasarruf etmek hem de öngörülmesi zor durumları henüz sözleşme aşamasında belirleyerek uyuşmazlıkları önlemek adına FIDIC’te yer alan standart kuralların aralarındaki sözleşmeye uygulanmasını kararlaştırmaktadırlar¹⁴. Bu da FIDIC kurallarının yaygın bir şekilde inşaat sözleşmelerinde yer alması anlamına gelmektedir. Çalışmamızda 2017 tarihli Kırmızı Kitap kapsamında öncelikle yüklenicinin inşaat sözleşmesi uyarınca edimini yerine getirmesi gereken süre kavramı ele alınmış, daha sonra kararlaştırılan süre içerisinde tamamlanamayan edimler bakımından yüklenici ve iş sahibinin hak ve talepleri üzerinde durulmuştur. Son bölümde ise inşaat sözleşmelerinde süre uzatımı hususu Türk Borçlar Kanunu çerçevesinde değerlendirilmiştir.

I. İnşaat Sözleşmelerinde Süre

Yapımı sırasında çeşitli tehlikelerle karşı karşıya olan inşaat projelerinin tamamlanmasında insan, zaman ve çevresel faktörler önemli rol oynamaktadır¹⁵. Herhangi bir inşaat işinin ilerlemesini etkileyebilecek çok çeşitli unsurlar bulunmasının yanı sıra tarafların bu unsurlar üzerinde farklı kontrol mekanizmalarına sahip olması nedeniyle inşaat işlerinin fiilen tamamlanacağı tarihin önceden kesin olarak tespit edilmesinin zor olduğuna dikkat

⁹ Sawyer, John G./Gillott, C. Arthur. *The FIDIC Digest - Contractual relationships, responsibilities and claims under the fourth edition of the FIDIC Conditions*, Thomas Telford, London, 1990, s. 9.

¹⁰ Bilgetekin, Nuran Tuğçe. *İnşaat Sözleşmelerinde Süre Uzatımı ve FIDIC Sözleşmelerindeki Görünümü*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020, s. 1. Aynı yönde bkz. Kurt, Leyla Müjde. “Eser Sözleşmelerinde Süre Uzatımı” *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, C. 27, S. 1, 2011, s. 158.

¹¹ Fertitta, Thomas D./Nedinsky, Anthony L./Gilmore, Jeffrey G. “Construction Project Delays and Time Extensions” içinde *Construction Contract Claims, Changes, and Dispute Resolution*, ed. Paul Levin, Asce Press, Virginia, 2016, s. 121.

¹² Fertitta/Nedinsky/Gilmore, s. 117.

¹³ Tolson, Simon/Glover, Jeremy. “Time Bars in Construction and Global Claims”, <https://www.fenwickelliott.com/sites/default/files/Time%20bars%20in%20constructions%20contracts%20and%20global%20claims.pdf>, s. 1 (Erişim Tarihi: 23.2.2022).

¹⁴ Tüzemen Atik, s. 55.

¹⁵ Klee, s. 2.

çekilmektedir¹⁶. Ancak ticari olarak belirlilik sağlamak adına inşaat sözleşmesinin tarafları, inşaat işlerinin tamamlanması gereken tarih üzerinde bir mutabakata varmaktadırlar¹⁷. Fiili tamamlanma tarihinin sözleşmedeki tamamlanma tarihinden farklı olma potansiyeli ise inşaat sözleşmelerinde öngörülen temel risklerden biri olarak görülmektedir¹⁸. Bu noktada 2017 tarihli Kırmızı Kitap m.8’de ‘İşe Başlama, Gecikmeler ve İşin Durdurulması’ başlığı altında süreye ilişkin hususlara yer verilmektedir. ‘İşe Başlama’ kenar başlığını taşıyan m.8.1

“Mühendis, başlangıç tarihinden en az 14 gün önce yükleniciye başlama tarihini belirten bir bildirimde bulunacaktır. Özel Koşullarda aksi belirtilmedikçe, başlangıç tarihi, yüklenicinin kabul mektubunu almasından sonraki 42 gün içinde olacaktır.

Yüklenici, başlangıç tarihinde veya bu tarihten sonra makul olan en kısa sürede işlerin yürütümüne başlayacak ve sonrasında da gereken hızla ve gecikmeden yapıma devam edecektir.” şeklinde¹⁹.

Gerçekten de bir inşaat sözleşmesinde işin ne zaman başlayacağı, ne kadar süreceği ve başlama ve bitişin nasıl tanımlanacağı önemlidir, zira başlangıç tarihi olmayan bir iş için tamamlama tarihini belirlemek de mümkün olmaz²⁰. Bu noktada işin tamamlanma zamanını düzenleyen 2017 tarihli Kırmızı Kitap m.8.2’ye göre yüklenici, sözleşmede belirtilen tüm işleri süresi içinde teslim alma belgesi düzenlenmesini gerektirecek şekilde tamamlamakla mükelleftir. Teslim alma belgesi düzenlenmesi ise m.10.1’de yer almaktadır. Tamamlanma testlerinden²¹ başarılı olarak geçilmesi de dâhil olmak üzere, işlerin sözleşmeye uygun olarak yapılması iş sahibinin tamamlanan işleri teslim almasını gerektirecek hallerden biridir (2017 tarihli Kırmızı Kitap m.10.1(a)). Bu kapsamda ‘Program’ kenar başlıklı m.8.3 uyarınca yüklenicinin m.8.1’deki bildirimini aldıktan sonra 28 gün içinde işlerin yürütülmesi için bir başlangıç programı hazırlayıp mühendise sunması gerekmektedir. Yüklenici bu madde kapsamında ayrıca program fiili ilerlemeyi yansıtmadığında veya kendi yükümlülükleriyle programın ilerleyişi arasında uyumsuzluk olduğunda, işlerin fiili ilerlemesini doğru olarak yansıtan revize edilmiş bir programı da yine mühendise sunacaktır. Böylece yüklenicinin hem işe başlarken işin işleyişini planlaması hem de iş esnasında sürekli olarak fiili durumla ilgili programı güncellemesi beklenmektedir. Hem ilk hem de revize edilmiş programda yer alması gereken hususlar ayrıntılı olarak maddede

¹⁶ Abbott, Nathan. “Time and Construction Contracts Extensions of Time and the Prevention Principle” https://www.cbp.com.au/WWW_CBP/files/a1/a1028786-f739-4c79-8dff-8c55bf61aa98.pdf, s. 2 (Erişim Tarihi: 23.2.2022).

¹⁷ Abbott. s. 2. Aynı yönde bkz. Jaeger, Axel-Volkmar/Hök, Götz-Sebastian. *FIDIC-A Guide for Practitioners*, Springer, Heidelberg, 2010, s. 237.

¹⁸ Abbott. s. 2.

¹⁹ Mühendisin iş sahibi tarafından atanacağı ve temel görevinin “...işin ifasında doğabilecek uyumsuzluklar hakkında karar vermek, inşaat işinin belirli safhalarının veya tamamının tatmin edici biçimde tamamlandığına ilişkin onay belgesi vermek ve özellikle üzerinde taraflarca anlaşılmış olan sözleşmenin değişikliklerine, ilavelerine ilişkin kararlar vermek...” olduğu hususunda bkz. Köksal, Tunay. “Uluslararası İnşaat Sözleşmesi Modeli Olarak FIDIC İnşaat İşleri Sözleşme Şartları” *Abant İzzet Baysal Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, C. 1, S. 20, 2010, s. 96.

²⁰ Sawyer/Gillott, s. 59.

²¹ “...Tamamlanma testleri, meydana getirilen işin sözleşmeye uygun olduğunu belgelemektedir...” Eken, Özge. *İNŞAAT SÖZLEŞMELERİNDE SÜRE UZATIM HALLERİ*, Seçkin, Ankara, 2021, s. 104.

sayılmakta ve her öge için en erken ve en geç başlangıç ve bitiş tarihlerinin belirtilmesi suretiyle mantıksal olarak kurgulanmış bir iş programının hazırlanması istenmektedir²².

Aslında taraflar isterlerse sözleşmede FIDIC’te yer alandan daha uzun bir süre de belirleyebilirler²³. Tarafların serbest iradesinin üstünlüğüne önem veren FIDIC’in genel tutumu olan bu husus Kırmızı Kitapta Özel Koşullar Bölüm B – Özel Hükümler’de de açıkça ifade edilmektedir²⁴. Bu husus

“Genel koşullarda belirtilen her süre, FIDIC’in atıfta bulunduğu yükümlülük bağlamında makul, gerçekçi ve ulaşılabilir olduğuna ve yükümlülüğü yerine getirmesi gereken tarafın menfaatleri ile hakları bu yükümlülüğün yerine getirilmesine bağlı olan diğer tarafın menfaatleri arasındaki uygun dengeyi yansıttığına inanılan zamandır. Özel Hükümlerde (Özel Koşullar – Bölüm B) belirtilen herhangi bir sürenin değiştirilmesi düşünülürse, yeni sürenin somut olayın özellikleri kapsamında makul, gerçekçi ve ulaşılabilir olmasını sağlamak için özen gösterilmelidir.” şeklinde belirtilmektedir²⁵.

Diğer yandan, 1999 tarihli Kırmızı Kitap da 2017 tarihli Kitapta yer alan m.8.3 gibi erken uyarı sistemine yer vermiş, ancak mühendis veya iş sahibi bakımından uyarıya karşılık gelen bir yükümlülük getirmemiştir²⁶. Hâlbuki 2017 tarihli Kırmızı Kitap m.8.4’te hem mühendise hem de taraflara bilinen veya gerçekleşmesi muhtemel olan olay veya durumları önceden bildirme yükümlülüğü yüklenmiştir. Bunlar maddede yüklenicinin personelinin çalışmasını ve performansını olumsuz yönde etkileyecek, sözleşme bedelini artıracak ve/veya işlerin veya bir bölümünün tamamlanmasını geciktirecek olay ve durumlar olarak belirtilmiştir. Söz konusu bildirim aldığında ilgili madde kapsamında mühendisin bu tür olay(lar)ın veya durum(lar)ın olumsuz etkilerini önlemek veya en aza indirmek amacıyla yükleniciden bir teklif sunmasını talep etmesi mümkündür. Ayrıca maddede sayılan olay veya durumlar hakkında taraflara bilgi verme yükümlülüğü olan mühendisin bilinen veya muhtemel olay ya da durumları taraflara bildirmediği bir halde sorumluluğuna gidilebilir. Örneğin, yüklenici, mühendisin uyarı görevine uymamasından dolayı zarar görürse mühendisten tazminat isteyebilir²⁷. Dolayısıyla, bu maddenin amacı inşaat sırasında ortaya çıkabilecek ve uyuşmazlığa neden olabilecek muhtemel olumsuz olay ve durumları ilk aşamada engellemektir²⁸. Erken uyarı yükümlülüğünün artan kapsamı ve karşılıklılığı da olumsuz olay ve durumların etkilerinden kaçınma veya bunları hafifletmede daha fazla işbirliğini teşvik etmektedir²⁹.

II. Süre Uzatımına Sebep Olabilecek Haller

Birçok standart sözleşme sorumlu olmadığı olay veya koşullar dolayısıyla inşaatın tamamlanmasını geciktiren yüklenicinin ek süre talebinde bulunabileceğine ilişkin hükümler içermektedir. Bu kapsamda Kırmızı Kitap uyarınca sözleşmede kararlaştırılan sürenin hangi

²² Balkanlı Eryiğit/Yaylan Sevimli/Gürcanlı/Bilir, s. 508.

²³ Godwin QC, William. *The 2017 FIDIC Contracts*, Wiley Blackwell, Oxford, 2020, s. 75.

²⁴ Godwin, s. 75.

²⁵ FIDIC Red Book 2017, Particular Conditions Part B – Special Provisions, s. 9.

²⁶ Godwin, s. 76.

²⁷ Godwin, s. 77.

²⁸ Balkanlı Eryiğit/Yaylan Sevimli/Gürcanlı/Bilir, s. 508.

²⁹ Godwin, s. 77.

hallerde uzatılmasının istenebileceği üzerinde durmak gerekmektedir. Öncelikle 2017 tarihli Kırmızı Kitap m.1.9'a göre iş sahibi tarafından sağlanan gecikmeli çizim ve talimatlar, m.2.1 uyarınca iş sahibi yüzünden yüklenicinin inşaat alanına girmesindeki gecikmeler, m.4.7 kapsamında iş sahibince sağlanan ölçümlerdeki hatalar, m.4.12'ye göre öngörülemeyen fiziksel koşulların neden olduğu gecikme ve maliyetler, m.4.23 uyarınca arkeolojik ve jeolojik bulgular ile m.7.4 uyarınca işin devamı sırasında yapılacak testlerle ilgili mühendisin neden olduğu gecikmeler yükleniciye süre uzatımı talep hakkı verir³⁰. Tüm bu hükümlerin üzerinde tek tek durmak yüklenicinin süre uzatımı bakımından sahip olduğu talep hakkının kapsamını belirlemek açısından önemlidir.

İlk olarak, her ne kadar mühendise çizim ve talimatları yükleniciye iletmesi bakımından bir süre sınırı getirilmemişse de bu mühendisin tamamen serbest olduğunu göstermez. Zira çizim ve talimatları mühendis, işin gereklerini dikkate almak suretiyle yüklenicinin iş programında bir gecikmeye mahal veremeyecek veya işin durmasına sebep olmayacak bir sürede yükleniciye iletmelidir³¹. Gecikmeli olarak verilen çizim ve talimatları düzenleyen m.1.9 uyarınca makul süre içinde yükleniciye gerekli çizim ve talimatlar verilmez, bunun da işlerin gecikmesine ya da kesintiye uğramasına sebep olması öngörülürse yüklenici mühendise bildirimde bulunur. Bildirimde gerekli çizim veya talimatların neler olduğuna, neden ve ne zaman düzenlenmesi gerektiğine ve geç kalınırsa maruz kalınabilecek gecikme veya aksaklığın niteliğine yer verilir. Bildirimi alan mühendis bildirimde yer alan ve makul olan sürede gerekli ayrıntılarla birlikte ilgili çizim ve talimatı vermez, yüklenici de bu yüzden gecikme ve/veya ek maliyete maruz kalırsa yüklenicinin m.20.2'ye göre süre uzatımı ve/veya ek ödeme (maliyetteki artış ile yoksun kalınan kâr) isteme hakkı doğar. Ancak mühendisin bildirimde yer alan ve makul olan sürede gerekli ayrıntılarla birlikte ilgili çizim ve talimatı vermemesi yüklenicinin belge sunmasındaki gecikme veya sunduğu belgelerde yer alan bir hata da dâhil olmak üzere yükleniciden kaynaklanan bir hata ya da gecikmeden kaynaklanıyorsa yüklenicinin süre uzatımı ve/veya ek ödeme (maliyetteki artış ile yoksun kalınan kâr) istemesi mümkün olmaz.

Bununla birlikte, bir inşaat sözleşmesinde yüklenicinin sözleşmeyi ifa edebilmesi için iş sahibinin ona inşaat alanına girme, o alanda bulunabilme ve alanı kullanma haklarını vermesi gereklidir³². İnşaat alanına giriş çoğunlukla iş sahibinin kontrolü altında olsa da inşaat alanına erişimi engelleyen ya da geciktiren nedenlere örnek olarak yüklenicinin alana erişim izni alması için gerekli bilgilerin iş sahibince sağlanamaması, önceki yüklenicinin ön koşul niteliğindeki işi tamamlayamaması yüzünden şimdiki yükleniciye erişim verilememesi, tehlike oluşturabilecek güvenlik sorunları veya çözüme kavuşturulamamış çevre sorunları gösterilmektedir³³. İnşaat alanına erişim sağlamayı düzenleyen m.2.1 uyarınca iş sahibinin yükleniciye tüm inşaat alanına erişim hakkı vermesi gerekmektedir. Yukarıdaki m.1.9'a benzer şekilde iş sahibinin erişim hakkı vermemesi yüzünden yüklenici gecikme ve/veya ek maliyete maruz kalırsa m.20.2'ye göre süre uzatımı ve/veya ek ödeme (maliyetteki artışı ve yoksun kaldığı kâr) isteme hakkına sahip olur. İş sahibinin erişim hakkı sağla(ya)maması yüklenicinin belge sunmasındaki gecikme veya sunduğu

³⁰ Bilgetekin, s. 241-260; Eken, s. 112-120.

³¹ Bilgetekin, s. 241; Eken, s. 112.

³² Axel-Volkmar/Götz-Sebastian, s. 181; Sawyer/Gillott, s. 55.

³³ Fertitta/Nedinsky/Gilmore, s. 122.

belgelerde yer alan bir hata da dâhil olmak üzere yükleniciden kaynaklanan bir hata ya da gecikmeden kaynaklanıyorsa yüklenicinin süre uzatımı ve/veya ek ödeme (maliyetteki artışla yoksun kaldığı kârı) istemesi mümkün olmaz.

İş sahibinin m.4.7 uyarınca inşaat alanındaki veriler ve referans öğelerle ilgili ölçümleri sağlaması gerekmektedir. Eğer deneyimli bir yüklenici iş sahibinin verdiği ölçümlerdeki hataları bulamaz ve bu yüzden bir gecikme ve/veya maliyete maruz kalırsa yüklenicinin m.20.2'ye göre süre uzatımı ve/veya ek ödeme (maliyetteki artışı ve yoksun kaldığı kârı) isteme hakkı doğar. Burada yerinde olarak uyuşmazlığın yüklenici tarafından ölçüm hatalarının tespit edilip edilemeyeceği bakımından çıkacağı, bunun çözümüne ilişkin bir düzenlemeye FIDIC'te yer verilmediğinden konunun uygulanacak hukuktaki kurallara göre belirleneceği ifade edilmektedir³⁴.

Bir süre uzatımı sebebi olarak görülen öngörülemez fiziksel koşullar m.4.12'de düzenlenmiştir. Buna göre “...fiziksel koşullar yer altı ve hidrolojik koşullar dâhil, ancak sahadaki iklim koşulları ve bu iklim koşullarının etkileri hariç olmak üzere yüklenicinin işlerin yürütülmesi sırasında inşaat alanında karşılaştığı doğal fiziksel koşullar ve fiziksel engeller (doğal veya insandan kaynaklı) ve kirleticiler anlamına gelir.” Yüklenici, öngörülemez olduğunu düşündüğü ve işlerin ilerlemesini olumsuz yönde etkileyecek ve/veya işlerin yürütüm maliyetini artıracak fiziksel koşullarla karşılaşarsa 4.12.1'de ayrıntıları belirten bir bildirim ilk fırsatta mühendise gönderir, bunun üzerine mühendis gerekli incelemeleri yapar, ardından bu durumla nasıl başa çıkılacağına ilişkin mühendis tarafından verilen talimata yüklenici uymakla mükelleftir, ama yine de yüklenici söz konusu fiziksel koşullardan dolayı gecikme yaşar ve/veya maliyete maruz kalırsa m.20.2'ye göre süre uzatımı ve/veya ek ödeme (maliyetteki artışı) isteyebilir.

Bir diğer süre uzatımı sebebi olan inşaat alanında keşfedilen fosiller, madeni paralar, değerli veya eski eserlere ait eşyalar büyük fiziksel engellerden daha fazla yüklenicinin işini zorlaştırmaktadır³⁵. Bunu hesaba katarak arkeolojik ve jeolojik bulguları düzenleyen m.4.23'e göre inşaat alanındaki tüm fosiller, madeni paralar, değerli veya eski eserlerle yapılar ve diğer kalıntılar ya da jeolojik veya arkeolojik öneme sahip sair öğeler üzerinde iş sahibinin yetki ve yükümlülüğü vardır. Aynı madde uyarınca kendi personelinin ve diğer insanların bu bulgulara zarar vermesini veya bu bulguları yerinden çıkarmasını önlemek üzere gerekli önlemleri almakla mükellef olan yüklenici bu bulgulara rastlayınca mühendise bir bildirim gönderir. Bildirim sayesinde mühendise inşaat alanına gelip söz konusu bulguları yerinde inceleme fırsatı sağlanmış olur ve ardından mühendis bu bulgularla nasıl başa çıkılacağına ilişkin talimatlarını yükleniciye iletir. Yüklenici, mühendisin talimatlarına uyduğu için bir gecikme yaşar ve/veya ek maliyetle karşılaşarsa bunu m.20.2'ye göre süre uzatımı ve/veya ek ödeme (maliyet) olarak isteyebilir.

Aslında FIDIC'in tüm kitaplarında inşası devam eden ya da biten bir proje için bir takım testlerin gerçekleştirilmesi istenmektedir³⁶. 2017 tarihli Kırmızı Kitap kapsamında ise tamamlama sonrası gerçekleştirilmesi planlanan testler dışında sözleşmede kararlaştırılan tüm testler için m.7.4 uygulanır³⁷. Bu kapsamda yapılacak testlerle ilgili tüm ekipmanı sağlamakla mükellef olan

³⁴ Eken, s. 115-116.

³⁵ Sawyer/Gillott, s. 67.

³⁶ Axel-Volkmar/Götz-Sebastian, s. 283.

³⁷ Bilgetekin, s. 241.

yüklenici makul bir süre tanımak suretiyle yapılması planlanan test(ler)in yer ve zamanını mühendise bildirir. Bildirimi alan mühendisin belirtilen testlerin yerini, zamanlamasını ya da ayrıntılarını değiştirme veya yükleniciden ek testler isteme hakkı vardır. Mühendis ayrıca testlere katılıp katılamayacağını en az 72 saat önce yükleniciye bildirir. Mühendis, yüklenicinin bildiriminde belirttiği yer ve zamanda test için gelmezse, yüklenici testleri yapar ve bu testler mühendisin varlığında yapılmış sayılır. Yüklenici mühendisin verdiği bir talimata uymaktan veya iş sahibinden kaynaklı bir aksamadan dolayı gecikme yaşar ve/veya ek maliyete maruz kalırsa m.20.2'ye göre süre uzatımı ve/veya ek ödeme (maliyetteki artış ile yoksun kalınan kâr) isteyebilir.

Ayrıca inşaatın teslim tarihi³⁸ gecikecekse 2017 tarihli Kırmızı Kitapta da m.8.5, yüklenicinin, m.20.2'ye uygun olarak talep etmesi halinde hangi durumlarda ve ne ölçüde süre uzatımı hakkına sahip olduğunu düzenlemektedir³⁹. İnşaatın tamamlanma süresinin uzatılmasına ilişkin olan m.8.5'e göre belirlenen bazı hallerde inşaatın gecikeceği öngörülüyorsa süre uzatımına başvurmak mümkündür. Aynı maddede bu haller, tamamlanacak işteki değişiklik, FIDIC'in başka bir maddesinde yer alan ve süre uzatımına hak kazandıran bir gecikme sebebi, istisnai (olumsuz) iklim koşulları, salgından veya idari otoritelerden kaynaklanan personel ya da mal temininde veya varsa iş sahibi tarafından sağlanan malzemelerde öngörülemeyen yetersizlikler ile iş sahibinin, iş sahibinin personelinin veya diğer yüklenicilerin neden olduğu ya da bunlardan kaynaklanan herhangi bir gecikme, engel veya önleme olarak sayılmaktadır. Çalışmamız kapsamında söz konusu haller üzerinde de teker teker durmak gerekmektedir.

Tamamlanacak işteki değişiklik 2017 tarihli Kırmızı Kitap m.13'de düzenlenmekte olup değişiklik, sözleşmede yapımı kararlaştırılan eserlerde yapılacak bir varyasyon anlamına gelmektedir⁴⁰. Söz konusu değişiklik talep edildiğinde m.13.3 uyarınca mühendis istenilen değişikliğin ayrıntılı tanımını, tamamlanma süresi bakımından işin yürütümüne ilişkin yeni programı (ek süre) ve değişiklik yansıtılmış revize sözleşme bedelini (ek ödeme) yükleniciye sunmakla mükelleftir. Mühendis değişiklik talep etmeden önce de yükleniciden sayılan hususları içeren ve böyle bir değişikliği gerçekleştirmesinin mümkün olup olmadığını açıklayan bir teklif isteyebilir. Dolayısıyla, başta kararlaştırılan işte iş sahibi tarafından bir değişiklik istendiğinde yükleniciye bu değişikliğin beraberinde getireceği ek süre ve ek bedeli talep hakkı tanınmaktadır.

Diğer yandan, FIDIC'in bir başka maddesinde yer alan ve süre uzatımına hak kazandıran bir gecikme sebebi bakımından yüklenicinin, örneğin m.13.6'da öngörüldüğü gibi yerel yasalarda

³⁸ 2017 tarihli Kırmızı Kitap m.10.I, c.2'ye göre "Yüklenici, işlerin yüklenicinin görüşüne göre tamamlanmış ve devralmaya hazır hale gelmesinden en fazla 14 gün önce mühendise bir bildirimde bulunarak teslim alma belgesi için başvurabilir. İşler bölümlere ayrılmışsa yüklenici benzer şekilde her bölüm için teslim alma belgesi başvurusunda bulunabilir."

³⁹ Godwin, s. 77.

⁴⁰ Godwin, s. 78.

bir değişiklik olması⁴¹ ya da m.18'de öngörüldüğü gibi istisnai bir olayla⁴² karşılaşılıp m.18.2 uyarınca gerekli bildirimde bulunması hallerinde de ek süre elde etmesi mümkündür⁴³.

Her ne kadar bazı ülkeler diğerlerinden daha öngörülebilir hava koşullarına sahip gibi görünse de son yaşanan deneyimler buralarda dahi öngörülemeyen iklim olayların artık eskiye nazaran daha sık meydana geldiğini göstermektedir. Diğer ülkeler ise tahminleri bile çürüten daha belirsiz hava koşullarına sahiptir⁴⁴. İnşaat projelerindeki pek çok iş ise hava durumundan ve iklim koşullarından doğrudan etkilenir⁴⁵. İstisnai (olumsuz) iklim koşulları 1999 tarihli Kırmızı Kitapta da süre uzatımı talebine mahal veren olaylar arasında sayılmış, ancak istisnai iklim koşullarının ne anlama geldiği açıklanmamıştır⁴⁶. İşte bu açığı kapatan 2017 tarihli Kırmızı Kitap m.8.5'te iş sahibi tarafından m.2.5 kapsamında sağlanan iklim verileri ve/veya kalıcı işlerin yürütüldüğü inşaat alanının coğrafi olarak tamamının ya da büyük bölümünün bulunduğu ülke tarafından yayımlanan o bölgeye ilişkin iklim verileri dikkate alındığında öngörülemeyen olumsuz iklim koşullarının istisnai iklim koşulları olduğunu belirtmektedir. Olumsuz olarak görülebilecek istisnai hava koşulları da yüklenicinin süre uzatımı istemesine neden olur.

Bir başka süre uzatımı sebebi olan öngörülemeyen yetersizlikler bakımından ise bu yetersizliklerin personel, mal veya varsa iş sahibi tarafından sağlanan malzemelerde yaşanması aranmaktadır. Bu noktada 1999 tarihli Kırmızı Kitap yalnızca personel ya da mal temininde öngörülemeyen bir yetersizlik ya da kıtlık olması halinde süre uzatımı talebine izin verirken 2017 tarihli Kitap ilgili maddeye iş sahibi tarafından sağlanan malzemeleri de ekleyerek kapsamı genişletmiştir⁴⁷.

Ayrıca 1999 tarihli Kırmızı Kitapla aynı şekilde kaleme alınan 2017 tarihli Kitap m.8.5 iş sahibinin personelinin veya diğer yüklenicilerin neden olduğu ya da bunlardan kaynaklanan herhangi bir gecikme, engel veya önlemenin süre uzatımına yol açacağını düzenlemektedir. Böylece ilgili madde gecikmenin iş sahibinin eylem veya ihmallerinden ya da sorumluluğu altındaki diğer kişilerden kaynaklandığı tespit edilebildikçe süre uzatımı talebinde bulunmaya izin vererek geniş bir dayanak sağlamaktadır⁴⁸.

Sayılan bu sebepler m.8.5'in ikinci paragrafı uyarınca herhangi bir iş ögesinin başlangıçta tahmini olarak belirlenen tamamlanma süresinde %10'un üzerinde bir artışa yol açıyorsa yüklenici ek süre ve/veya ek ödeme talep edebilir. Aynı madde uyarınca mühendis daha erken sürede bitirilebilecek işler olduğunu saptarsa bunun inşaatın tamamının tamamlanma süresi üzerindeki olumlu etkisini dikkate alabilir, fakat tüm bu değerlendirmeler sözleşmede kararlaştırılan tamamlama süresinin azaltılmasına neden olamaz. Aslında buna benzer bir düzenleme 1999 tarihli

⁴¹ Bilgetekin, s. 260.

⁴² 2017 tarihli Kırmızı Kitap m.18.1'e göre istisnai olay

“...*(i) bir tarafın kontrolü dışında olan;*

(ii) bir tarafın sözleşmeyi imzalamadan önce makul bir şekilde hazırlıklı olmadığını;

(iii) ortaya çıktıktan sonra tarafların makul olarak kaçınmadığı veya üstesinden gelemediği; ve

(iv) temel olarak diğer tarafa atfedilebilir olmayan...” olaylardır.

⁴³ Bilgetekin, s. 268.

⁴⁴ Sawyer/Gillott, s. 65.

⁴⁵ Fertitta/Nedinsky/Gilmore, s. 123.

⁴⁶ Godwin, s. 82.

⁴⁷ Godwin, s. 83.

⁴⁸ Godwin, s. 83.

Kırmızı Kitapta da yer almış ve bir ögenin tamamlanma süresinde önemli bir değişiklik varsa yükleniciye süre uzatımı talep etme hakkı tanınmıştır. Ancak ‘önemli değişiklik’ ile ne kastedildiği çok iyi anlaşılamadığından ve bu husus da uygulamada taraflar arasında anlaşmazlıklara yol açtığından 2017 tarihli Kırmızı Kitap ‘%10’un üzerinde’ ibaresine yer vererek ek ödeme ve ek süre taleplerinde açıklık sağlamıştır⁴⁹. Dolayısıyla, yüklenicinin süre uzatımına hak kazanabilmesi süre uzatımına mahal veren sebebin yanı sıra bu sebebin tamamlanma süresinde %10’un üzerinde bir artışa yol açtığını da ortaya koymasına bağlıdır.

Son olarak, iş sahibinin sorumluluğunda olan bir konunun neden olduğu gecikmeyle yüklenicinin sorumluluğunda olan bir konunun neden olduğu gecikmenin eş zamanlı olması ve bu durumun sözleşmede kararlaştırılmamış olması hali üzerinde durmak gerekmektedir. Bu halde 2017 tarihli Kırmızı Kitap m.8.5’in son fıkrası yüklenicinin süre uzatımı talep etme hakkının Özel Hükümlerde belirtilen kural ve prosedürlere göre değerlendirileceğini belirtmektedir. Bu kapsamda yüklenicinin yalnızca belirli bir olay veya durumun inşaatın tamamlanmasında gecikmeye neden olduğu ölçüde süre uzatımı talep etme hakkı bulunmaktadır⁵⁰.

Diğer yandan, m.8.6 yetkililerden kaynaklanan gecikmeleri düzenlemektedir. 2017 tarihli Kırmızı Kitap m.8.6

“Eğer:

(a) Yüklenici, ülkedeki ilgili kamu kurumları veya özel hizmet kuruluşları tarafından belirlenen prosedürleri özenle takip etmişse;

(b) bu makamlar veya kuruluşlar yüklenicinin işini geciktirmiş veya kesintiye uğratmışsa;
ve

(c) gecikme veya aksama öngörülemez ise,

o zaman bu gecikme veya aksama, [m.]8.5 [Tamamlanma Süresinin Uzatılması] alt paragraf (b) kapsamında bir gecikme nedeni olarak kabul edilir.” şeklindedir.

2017 tarihli Kırmızı Kitap m.8.7 projenin ilerleme hızını ele almaktadır. Bu hüküm

“Eğer, herhangi bir zamanda:

(a) işlerin veya (varsa) bir bölümünün ilgili tamamlanma süresi içinde tamamlanması için fiili ilerlemenin çok yavaş olması; ve/veya

(b) ilerleme [m.]8.3 [Program] kapsamında Programın (veya henüz Program haline gelmemişse ilk programın) gerisinde kalmış (veya gerisine düşecekse),

[m.]8.5 [Tamamlanma Süresinin Uzatılması]’nda listelenen bir nedenin sebebiyet verdikleri dışında mühendis, [m.]8.3 [Program] kapsamında, yükleniciden ilerlemeyi hızlandırmak ve işleri veya (varsa) bir bölümünün ilgili tamamlama süresi içinde bitirmek amacıyla revize edilmiş bir programı kendisine sunmasını isteyebilir.” şeklindedir.

⁴⁹ Godwin, s. 78.

⁵⁰ Godwin, s. 83-84.

Bu kapsamda istisnai bir olay olarak Covid-19'un yarattığı güçlüklerin de inşaat sözleşmeleri bakımından tartışılması gerekmektedir. Gerçekten de dünya genelinde günlük yaşamın tüm yönlerini etkileyen, tedarik zincirlerinde ve işgücü temininde aksaklıklar yaratan Covid-19'un inşaat projeleri üzerinde de olumsuz etkileri olmuştur⁵¹. Bu etkilerin inşaat sözleşmelerinde gecikme ve aksamaya, maliyet aşımına, iş kapsamında veya programında değişikliklere ve daha ciddi durumlarda işin askıya alınmasına veya sözleşmenin feshine yol açtığı altı çizilmektedir⁵². Covid-19'un m.8.5 ve/veya m.8.6 uyarınca süre uzatımı talebine olanak sağlayan bir sebep olarak görülmesi mümkündür⁵³. FIDIC de Nisan 2020'de Covid-19'un FIDIC standart kurallarının uygulandığı bir uluslararası inşaat sözleşmesi üzerindeki etkilerini değerlendirerek taraflara karşılıklı olarak tatmin edici çözümler sunmak ve aralarında doğabilecek anlaşmazlıkları önlemek amacıyla bir kılavuz yayınlamıştır⁵⁴. Bu kılavuzda çeşitli senaryolar eşliğinde tarafların hak ve yükümlülükleri belirlenmiştir. Süre uzatımına ilişkin olarak kılavuzda yer alan hususlardan ilki yerel idari makamların ya da hükümetin inşaat alanında yürütülecek faaliyet ve çalışmaları yasaklayan herhangi bir düzenleme getirmediği bir senaryoda yüklenicinin tedarik zincirindeki sorunlar nedeniyle mal temin edememesi ya da güvenliklerinden endişe duydukları için personeli inşaat alanına getirmekte zorlanmasıdır. Bu durumda FIDIC yüklenicinin Kırmızı Kitap m.8.5'ten yararlanabileceğini ve bu madde kapsamında personel veya malların (ya da varsa iş sahibi tarafından sağlanan materyallerin) temininde salgından kaynaklanan öngörülemeyen eksiklikler dolayısıyla inşaatı tamamlama süresinin uzatılmasını talep edebileceğini belirtmektedir⁵⁵. Şayet yüklenicinin bir önceki senaryoda yaşadığı güçlükler yerel idari makamların ya da hükümetin aldığı kararlardan kaynaklanıyorsa bu sefer de m.8.6 uyarınca süre uzatımı talebinde bulunmak mümkündür⁵⁶. Bir diğer senaryo ise hükümetin işin yürütümünü engelleyici kararının bulunmadığı ve personel ile mal temininde sıkıntı yaşanmadığı ama önlem olarak iş sahibinin personelinin uzaktan çalışmak suretiyle çoğunlukla inşaat alanında olmadığı ve bu yüzden yüklenicinin gecikme ve ek maliyetle karşı karşıya kaldığı bir senaryodur. Burada FIDIC'in önerisi yüklenicinin m.8.5'ten yararlanıp iş sahibinin ya da personelinin neden olduğu gecikme, engel veya önleme dolayısıyla süre uzatımı talebinde bulunabileceğidir⁵⁷.

Yüklenicinin gecikmeden kaynaklı zararlardan sorumluluğunu ise m.8.8 düzenlemektedir⁵⁸. Taraflar aksini kararlaştırmadıkça inşaatın zamanında tamamlanamaması yüklenicinin gecikme yüzünden iş sahibinin uğradığı zararları karşılama gerektirmektedir⁵⁹.

⁵¹ J.S.Held, "COVID-19: Delay & Cost Claims for FIDIC Red Book Based Contracts" <https://jsheld.com/insights/articles/covid-19-delay-cost-claims-for-fidic-red-book-based-contracts>, (Erişim Tarihi: 24.3.2022).

⁵² Mula, Luigi, "COVID-19 and FIDIC Contracts – Practical Guidance", <https://www.dlapiper.com/en/italy/insights/publications/2020/upagain/covid-19-and-fidic-contracts-practical-guidance/>, (Erişim Tarihi: 24.3.2022).

⁵³ Bkz. J.S.Held; Mula.

⁵⁴ FIDIC Covid-19 Guidance Memorandum to Users of FIDIC Standard Forms of Works Contract, (April 2020), s. 4, <https://fidic.org/sites/default/files/COVID%2019%20Guidance%20Memorandum%20-%20PDF.pdf>, (Erişim Tarihi: 24.3.2022), ('FIDIC Guidance Memorandum').

⁵⁵ FIDIC Guidance Memorandum, s. 6.

⁵⁶ FIDIC Guidance Memorandum, s. 7.

⁵⁷ FIDIC Guidance Memorandum, s. 10.

⁵⁸ 2017 tarihli Kırmızı Kitap m.8.8'in düzenlenme şeklinin İngiliz sözleşme hukukuyla aynı olduğu yönünde bkz. Jaeger/Hök, s. 238.

⁵⁹ Jaeger/Hök, s. 237.

Bu noktada m.8.8'e göre gecikmeden kaynaklı zarar, sözleşmede belirtilen tamamlanma tarihini geçen her gün için ödenecek olup şayet sözleşmede belirtildiyse belirtilen azami gecikme tazminatı miktarını geçemeyecektir. Azami miktar belirlendiğinde de artık gecikme tazminatı miktarını gecikmeden kaynaklı sorumluluğunun sınırı olarak anlamak gerekir⁶⁰. Ayrıca m.8.8'de tazminat ödemenin yükleniciyi işleri tamamlama yükümlülüğünden ya da yüklenicinin sözleşme kapsamında veya sözleşme ile bağlantılı olarak sahip olabileceği diğer yükümlülük ve sorumluluklardan kurtarmayacağı da açıkça belirtilmiştir.

İş sahibinin işleri askıya almasını düzenleyen m.8.9 uyarınca mühendisin askıya alma tarih ve nedenini belirtmek suretiyle herhangi bir zamanda yükleniciye işlerin bir kısmının veya tamamının ilerlemesini askıya alma talimatı vermesi mümkündür⁶¹. İşlerin askıya alındığı süre boyunca yüklenicinin askıya alınan kısmı veya talimat işlerin tamamına ilişkinse tamamını herhangi bir bozulma, kayıp veya hasara karşı koruma, depolama ve güvence altına alma yükümlülüğü vardır. Şayet askıya alma yüklenicinin sorumluluğunda olan bir sebepten ileri geliyorsa yükleniciye ek ödeme alma imkânı sağlayan 'İş Sahibinin İşleri Askıya Almasının Sonuçları' kenar başlığını taşıyan m.8.10, 'İş Sahibinin Askıya Aldıktan Sonra Tesis ve Malzemeler İçin Yapacağı Ödeme' kenar başlığını taşıyan m.8.11 ile 'Uzun Süreli Askıya Alma' kenar başlığını taşıyan m.8.12 hükümleri uygulanmaz. İşin kaldığı yerden devam etmesini düzenleyen m.8.13 ise askıya alınan işin devamı bakımından mühendisten bir bildirim aldıktan sonra yüklenicinin mümkün olan en kısa sürede yapıma başlayacağını hüküm altına almaktadır. Görüldüğü üzere süre, inşaat sözleşmelerinde işin tamamlanma vadesini belirleme bakımından önemli olmakta ve söz konusu süreye uymama halinde tazminat ödeme ve sair yükümlükler gündeme gelmektedir.

III. FIDIC Kapsamında İnşaat Sözleşmelerinde Süre Uzatımının Tabi Olduğu Prosedür

Neredeyse tüm inşaat sözleşmelerinde belirli olayların meydana gelmesi durumunda sözleşmede yer alan teslim süresini uzatarak, yükleniciye işleri tamamlaması için ek süre veren bir sözleşme maddesine rastlanmaktadır. Süre uzatımına mahal verebilecek olaylar genellikle yükleniciye ek ödeme talep etme hakkı da tanımaktadır⁶². FIDIC de uluslararası yeknesaklığı sağlamak amacıyla süre uzatımı taleplerine ilişkin prosedürü ayrıntılı bir şekilde düzenlenmektedir⁶³. Bu kapsamda iş sahibinin ve yüklenicinin talepleri 2017 tarihli Kırmızı Kitap m.20.1'de ek ödeme, süre uzatımı, sözleşme bedelinde indirim ve taraflardan herhangi birinin diğerine karşı sahip olduğu başkaca hak ve talepler olarak sayılmaktadır. Ek ödeme ve/veya süre uzatımı taleplerini düzenleyen m.20.2 alt fıkralar halinde taraflardan birinin ek ödeme (veya talepte bulunan iş sahibi ise sözleşme bedelinde indirim), yüklenicinin süre uzatımı veya iş

⁶⁰ Jaeger/Hök, s. 240.

⁶¹ 1999 tarihli Kırmızı Kitapta iş sahibi veya mühendise işlerin neden askıya alındığını açıklama talimatı verilmediği yönünde bkz. Bilgetekin, s. 245.

⁶² Giles, Paul/Gibson, Steve. "Raising the Bar - Time Bars and Their Enforceability in English Law EPC Contracts" <https://www.eversheds-sutherland.com/documents/services/construction/time-bars-in-english-law.pdf>, s. 1 (Erişim Tarihi: 23.2.2022).

⁶³ Tüzemen Atik, s. 67.

sahibinin işi teslim aldıktan sonraki kusur bildirim süresinin uzatılması hakkına sahip olması halinde işletilecek prosedürü açıklamaktadır.

Öncelikle m.20.2.1 iş sahibi ve yüklenicinin sahip olduğu talep haklarına ilişkin bildirim süresini ele almaktadır. Buna göre, talepte bulunan taraf ek maliyete, hasara, gecikmeye veya uzatıma neden olan olay veya durumdan haberdar olduğu ya da olması gerektiği andan itibaren mümkün olan en kısa sürede ve en geç 28 gün içinde olay veya durumu açıklayan bir taleple mühendise bildirimde bulunmalıdır. Böylece FIDIC kurallarının kabul edildiği bir inşaat projesinde bedel ve/veya süreyi etkileyen olaydan haberdar olduğu tarihten itibaren ilgili tarafın en geç 28 gün içinde talebini karşı tarafa iletmesi gerektiği açıkça hükme bağlanmıştır. Aynı hüküm uyarınca aksi takdirde yüklenicinin herhangi bir ek ödemeye ve/veya süre uzatımına ya da iş sahibinin sözleşme bedelinde indirim veya kusur bildirim süresinde uzatıma hak kazanması mümkün olmayacaktır. Bu yolla beklenmedik olaylar meydana geldiğinde bunlarla başa çıkmak, maliyet ile program kesinliği ve şeffaflığı sağlamak istenmektedir⁶⁴.

Gerçekten de ek ödeme ve/veya süre uzatımına ilişkin maddelerin inşaat sözleşmelerinde kullanılmasının temel amacı ifası kararlaştırılan işin yönetiminin iyileştirilmesi olarak ifade edilmektedir. FIDIC kurallarında herhangi bir talebe yol açabilecek olayı bildirmesi için yükleniciye kesin bir zaman aralığı verilerek iş sahibinin söz konusu talep bakımından erken bir aşamada uyarılması sağlanmaktadır. Böylece iş sahibine talebi değerlendirmesi ve gecikmeyi azaltmak amacıyla yükleniciyle birlikte çalışmak üzere adım atması için olanak tanınmaktadır. Ayrıca sözleşmede yer alan bu madde sayesinde proje esnasında yüklenicinin iş sahibinden olan alacaklarının birikmesi de önlenmektedir⁶⁵.

Hukukumuzda FIDIC kurallarının benimsendiği bir inşaat sözleşmesinde süre uzatımına ilişkin usul bir Yargıtay kararında da ele alınmıştır. Karara konu olayda taraflar 588 konutun inşası için bir inşaat sözleşmesi akdetmişler ve bu sözleşmede süre uzatımı verilmesi gereken hallerle buna yönelik talebin nasıl yapılacağını düzenlemişlerdir. İlgili hükmün ikinci fıkrasında süre uzatımı talebi için yüklenicinin 28 gün içerisinde durumu belge ve kanıtları da ekleyerek mühendise bildirmesi, bildirim bir kopyasını da iş sahiplerine göndermesi öngörülmüştür. Ancak olayda süre uzatımı talebi, sözleşmede yer alan bu usul izlenerek yapılmamıştır. Bunun üzerine önüne gelen olayda Yargıtay

“(FIDIC) inşaat sözleşmelerinde süre uzatımı talepleri, uluslararası yeknesaklığı sağlamak amacıyla sıkı kurallara bağlanmıştır. Süre uzatımının da muhtemel haksızlıkların önlenmesi bakımından taleplerin zamanında yapılması ve delillendirilmesi önem arz etmektedir. Bu nedenle davacının süresinde sözleşmeye uygun talepte bulunmaması ve belgelendirilmemesi nedeniyle süre uzatımı taleplerinin mühendis firmaca reddedilmesinde sözleşmeye aykırı bir tutum ve davranış yoktur...” değerlendirmesini yapmıştır⁶⁶.

⁶⁴ Giles/Gibson, s. 2.

⁶⁵ Giles/Gibson, s. 2; Woodward-Smith, Mark. “Time Bar Clauses” [https://www.systech-int.com/insights/thoughts/time-bar-clauses#:~:text=A%20time%20bar%20clause%20\(or,of%20time%20or%20additional%20payment](https://www.systech-int.com/insights/thoughts/time-bar-clauses#:~:text=A%20time%20bar%20clause%20(or,of%20time%20or%20additional%20payment) (Erişim Tarihi: 23.2.2022).

⁶⁶ Yargıtay 15. Hukuk Dairesi Esas Numarası: 2000/4429 Karar Numarası: 2001/1032 Karar Tarihi: 26.02.2001 (Legalbank).

2017 tarihli Kırmızı Kitap m.20.2.2 mühendisin söz konusu talep karşısındaki ilk cevabını düzenlemektedir. Buna göre mühendis, talepte bulunan tarafın m.20.2.1 uyarınca 28 gün içinde talebini bildirmedigiğine kanaat getirirse bildirim kendisine ulaştıktan sonraki 14 gün içinde, talepte bulunan tarafa nedenleriyle birlikte bu kanaatini iletmelidir. Şayet mühendis işbu 14 günlük süre içerisinde böyle bir bildirimde bulunmazsa, talep bildirimini geçerli hale gelir. 14 gün içinde böyle bir bildirim kendisine iletilen yüklenici geç bildirim yapmadığını düşünüyorsa bunun nedenlerini açıklayan tam ayrıntılı talebini mühendise gönderir. Aynı şekilde, talep bildiriminin geç sunulmasını haklı kılan koşullar olduğunda da talepte bulunan taraf, bu fıkra kapsamında mühendisten bir bildirim alırsa m.20.2 kapsamında tam ayrıntılı talebini ve/veya geç gönderiminin haklı sebeplerini açıklayan bir başka bildirim daha yapar.

Bildirime ek olarak talepte bulunan tarafa kayıt alma yükümlülüğü de getirilmektedir. ‘Eş Zamanlı Kayıtlar’ başlıklı m. 20.2.3, talep gönderimine sebebiyet veren olay veya durumla aynı anda veya hemen sonrasında hazırlanan veya oluşturulan kayıtların eş zamanlı kayıt anlamına geldiğini ve talepte bulunan tarafın talebini kanıtlamak amacıyla gerekli olabilecek tüm kayıtları tutabileceğini belirtmektedir. Bu madde uyarınca mühendis, iş sahibinin sorumlu olup olmamasından bağımsız olarak yüklenicinin tuttuğu kayıtları inceleyebilir ve/veya yükleniciye ek kayıtlar alma talimatı verebilir. Yüklenici de mühendisin tüm bu kayıtları çalışma saatleri içinde (veya yüklenici tarafından kararlaştırılan diğer zamanlarda) incelemesine izin vermekle ve talimat verildiği takdirde mühendise ilgili kayıtların bir kopyasını sunmakla mükelleftir.

Yukarıda m.20.2’de sözü geçen tam ayrıntılı talep ise m. 20.2.4’te düzenlenmektedir. Bu maddede öncelikle tam ayrıntılı talebin (a) talebe yol açan olay veya durumun detaylı bir açıklamasını, (b) talebin sözleşmesel ve/veya diğer yasal dayanağını, (c) iddiada bulunan tarafın dayandığı eş zamanlı kayıtları ve (d) talep edilen ek ödeme tutarını (veya talep eden tarafın iş sahibi olması durumunda sözleşme bedelinde istenen indirim tutarını) ve/veya süre uzatımı talebinin ayrıntılarını içermesi gerektiği ifade edilmektedir. Aynı madde tam ayrıntılı talebin talepte bulunan tarafın iddiasına yol açan olay ya da durumdan haberdar olduğu veya haberdar olması gerektiği tarihten itibaren 84 gün içinde veya talepte bulunan tarafın önerdiği ve mühendisin kabul ettiği başka bir süre varsa o süre içinde talepte bulunan tarafından mühendise iletilmesi gerektiğini belirtmektedir. Talepte bulunan tarafın söz konusu süreler içinde bunu ibraz etmemesi halinde talep bildirim süresinin sona ermiş sayılacağı ve gönderilecek olursa artık bildirim geçerli bir bildirim olarak kabul edilmeyeceği de maddede düzenlenmektedir.

Talep üzerinde mutabık kalmayı veya talebin tayinini düzenleyen Kırmızı Kitap m.20.2.5 uyarınca tam ayrıntılı talebi alan mühendis ek ödeme veya ücrette indirim ile süre uzatımı taleplerini değerlendirir. Aynı madde uyarınca geç bildirim yapma hakkına ilişkin talep bakımından da mühendis geç bildirim kabulü halinde diğer tarafın zarar görüp görmeyeceğini, zarar göreceyse bunun miktarını, bildirim yapan tarafın talebe sebep olan olay veya durum hakkında önceden bilgi sahibi olduğuna dair kanıtları ve sunulan destekleyici belgeleri, bildirim yapan tarafın talebinin sözleşmesel ve/veya diğer yasal dayanağı hakkında önceden bilgi sahibi olduğuna dair kanıtları ve destekleyici belgeleri inceler. Söz konusu incelemelerin ardından taraflar uzatımı talep edilen süre üzerinde bir anlaşma sağlarlar.

Kırmızı Kitap m.20.2.6 ortaya çıkan olay ve durumların devam eden etkisine ilişkin talepleri düzenlemektedir. Talep bildirimini aldıktan sonra ve m.20.2.5'e göre talep kabul edilene veya bedel ya da süre belirlenene kadar mühendis, sözleşmenin ilgili hükmü uyarınca istenilen ve makul olarak kanıtlanan tutarları talepte bulunan tarafa ödemekle mükelleftir. Bu madde kapsamında talepte bulunan taraf talep usulüyle ilgili olarak bu veya herhangi başka bir maddeye aykırı davranmışsa, ek ödeme ve/veya işin tamamlanmasında süre uzatımı veya talep eden iş sahibi ise kusur bildirimine ilişkin süre uzatımı talepleri aykırılığın mühendisin talebi uygun şekilde soruşturmasını engellediği ölçü dikkate alınarak değerlendirilir.

Sonuç itibarıyla belirtilen talep prosedürüne riayet etmek, gerekli zamanda, gerekli belgeleri sunarak talepte bulunmak FIDIC kurallarının kabul edildiği bir inşaat sözleşmesinde haksızlığa uğramamak adına önemlidir⁶⁷. Zira FIDIC uyarınca sürenin uzatılması inşaatın tamamlanma süresini yeni oluşan koşullara göre yeniden belirleme ve dolayısıyla yüklenicinin iş sahibine gecikme tazminatı ödemekle yükümlü olduğu tarihi erteleme anlamına da gelmektedir⁶⁸.

IV. Türk Borçlar Kanunu'nda Süre Uzatımı

Hukumumuzda eser sözleşmelerinin bir türü olarak kabul edilen ve kanunda özel olarak düzenlenmeyen inşaat sözleşmelerine Türk Borçlar Kanunu (TBK) m.470-486 hükümleri uygulanmaktadır⁶⁹. Bu kapsamda bir tanıma yer veren TBK m.470 “*Eser sözleşmesi, yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi, işsahibinin de bunun karşılığında bir bedel ödemeyi üstlendiği sözleşmedir.*” şeklindedir. Her ne kadar TBK m.470’te belirtilmemişse de işin mahiyeti ve TBK m.473/1, 474/1, 479/1, 483/1 gereği taraflar arasında akdedilen inşaat sözleşmesi uyarınca inşaatı tamamlayan yüklenicinin bunu iş sahibine teslim etmesi de gerekmektedir⁷⁰. Teslim yoluyla yüklenici ifa amacıyla eser üzerindeki tasarruf yetkisini iş sahibine geçirmektedir⁷¹. İşte bu noktada TBK uyarınca yüklenicinin inşaatı teslim vadesinin nasıl belirleneceği ile süre uzatımına nasıl hak kazanabileceğinin incelenmesi gerekmektedir.

‘Sözleşme özgürlüğü’ kenar başlığı taşıyan TBK m.26 “*Taraflar, bir sözleşmenin içeriğini kanunda öngörülen sınırlar içinde özgürce belirleyebilirler.*” şeklindedir. Buna göre taraflar sözleşme özgürlüğü ilkesi çerçevesinde akdettikleri inşaat sözleşmesinde serbestçe inşaatın ne

⁶⁷ Tüzemen Atik, s. 67.

⁶⁸ Jaeger/Hök, s. 244.

⁶⁹ Gönen, Doruk. *İnşaat Sözleşmesinde Bedel*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016, s. 18; Tekelioğlu, Numan. “İnşaat Sözleşmelerinde Cezai Şart ve Götürü Tazminat” *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, C. 2, S. 2, 2017, s. 161; Arslan, Nurcan. “İnşaat Sözleşmesinde Bedel Ödeme Borcunun İfa Zamanı” *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, C. 156, 2021, s. 272.

⁷⁰ Tandoğan, Haluk. *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri Cilt: II İstisna (Eser) ve Vekâlet Sözleşmeleri Vekâletsiz İş Görme Kefalet ve Garanti Sözleşmeleri*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010, s. 124; Aral, Fahrettin. *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2003, s. 357; Eren, Fikret. *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 629; Gümüş, Mustafa Alper. *6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Borçlar Hukuku Özel Hükümler Cilt II (Eser, Vekâlet, Sımsarlık, Vekâletsiz İş Görme, Havale, Saklama, Kefalet ve Garanti)*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012, s. 27; Tekelioğlu, s. 163. Aynı yönde bkz. Büyükkay, Yusuf. *Eser Sözleşmesi*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013, s. 68; Ayan, Serkan. *İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdü*, Seçkin, Ankara, 2008, s. 26.

⁷¹ Tandoğan, s. 125; Büyükkay, s. 68; Aral, s. 357; Tekelioğlu, s. 163. Teslimin “*tamamlanmış bir eserin yüklenici tarafından eser sözleşmesinden doğan asli edim yükümünün ifasına yönelik olarak iş sahibinin hâkimiyet alanına sokulmas[ı] veya münhasıran iş sahibinin hâkimiyet alanına terk[i]*” anlamına geldiğine ilişkin bkz. Gümüş, s. 27-28.

zaman teslim edileceğini kararlaştırabilir⁷². Bu belirli bir tarih olabileceği gibi inşaatın başlangıç tarihinden belli bir süre sonrası da olabilir⁷³. Örneğin, uygulamada sıklıkla sözleşmeye başlangıç tarihinden 24 ay ya da 36 ay sonra inşaatın teslim edileceğine ilişkin ifadeler yazıldığı görülmektedir⁷⁴. Sözleşmede bu türlü bir belirleme yapılmış, ama süresinde yüklenici tarafından inşaat tamamlanarak iş sahibine teslim edilmemişse borçlunun temerrüdü söz konusu olur ve TBK m.177/II uygulanır. TBK m.177/II

“Borcun ifa edileceği gün, birlikte belirlenmiş veya sözleşmede saklı tutulan bir hakka dayanarak taraflardan biri usulüne uygun bir bildirimde bulunmak suretiyle belirlemişse, bu günün geçmesiyle; haksız fiilde fiilin işlendiği, sebepsiz zenginleşmede ise zenginleşmenin gerçekleştiği tarihte borçlu temerrüde düşmüş olur. Ancak sebepsiz zenginleşenin iyiniyetli olduğu hâllerde temerrüt için bildirim şarttır.” şeklindedir.

Şayet inşaat sözleşmesinde yüklenicinin teslim vadesine ilişkin bir madde öngörülmemişse inşaat sözleşmeleri bakımından kanunda özel bir düzenleme olmadığından genel hükümler çerçevesinde belirleme yapılır⁷⁵. ‘Süreye bağlanmamış borç’ kenar başlığını taşıyan TBK m.90 *“İfa zamanı taraflarca kararlaştırılmadıkça veya hukuki ilişkinin özelliğinden anlaşılmadıkça her borç, doğumu anında muaccel olur.”* şeklindedir. Dolayısıyla, inşaat tamamlanınca teslim borcu muaccel hale gelir⁷⁶ ve inşaatın tamamlanmasına ilişkin süre makul, dürüst ve orta zekâda bir yüklenicinin bu eseri tamamlayabileceği süreye göre hesaplanır⁷⁷. Yargıtay kooperatif inşaatıyla ilgili bir kararında sözleşmede sürenin belirtilmemesinin yükleniciye eseri belirsiz sürede teslim hakkı vermeyeceğini, *“...işin olağan seyrine göre yürüyüp yürümediğini saptamak için o ana kadar yapılan iş ve işlemlere ve eserin hacmine bakmak...”* gerektiğini ifade etmiştir⁷⁸. Bir başka kararında sözleşmede teslim tarihinin kararlaştırılmadığı bir inşaat sözleşmesiyle ilgili de aynı esası tekrar eden Yargıtay işin niteliği itibarıyla basiretli bir yüklenicinin objektif olarak ihtiyaç duyacağı zamanın teslim tarihi olarak dikkate alınacağını belirtmiştir⁷⁹.

Süre uzatımına ise TBK’nın eser sözleşmesini düzenleyen hükümlerinde yer verilmemiştir. Şayet taraflarca sözleşmede hangi hallerin yükleniciye süre uzatımı talep etme hakkı vereceği

⁷² Büyükay, s. 72; Arslan, s. 279.

⁷³ Tandoğan, s. 128; Büyükay, s. 72; Aral, s. 358; Ayan, s. 95; Tekelioğlu, s. 163-164; Arslan, s. 279.

⁷⁴ Tekelioğlu, s. 164.

⁷⁵ Arslan, s. 279.

⁷⁶ Gümüş, s. 34; Tekelioğlu, s. 164.

⁷⁷ Eren, s. 631; Tekelioğlu, s. 164.

⁷⁸ Yargıtay 15. Hukuk Dairesi Esas Numarası: 2003/767 Karar Numarası: 2003/3319 Karar Tarihi: 18.06.2003 (Legalbank).

⁷⁹ *“Sözleşmede teslim tarihinin kararlaştırılmaması yükleniciye eseri belirsiz bir sürede teslim hakkı tanımaz. Bu gibi durumlarda sürenin işin hacmine, emsal işlerdeki teslim süresine göre bilirkişi tarafından saptanması gerekir. Sözleşmeden teslim tarihinin kararlaştırılmamış olması halinde iş sahibinin işin mahiyetine nazaran basiretli bir yüklenici o işi üstlense idi, eseri meydana getirmek için objektif olarak ne kadar zamana ihtiyaç duyarsa bu süreyi beklemesi, eserin teslimini bu tarihin gelmesi ile istemesi gerekir.*

Somut olayda, mahkemece yapılacak inceleme ve araştırma sonucu inşaata ruhsat alınarak başlandığı ve ruhsata aykırılık bulunmadığı saptanır ise, işin olağan seyrine göre yürüyüp yürümediğini belirlemek için o ana kadar yapılan iş ve işlemlere ve eserin hacmine bakılması, işin teslimi için beklenmesi gereken objektif sürenin işin hacmine, mahiyetine, emsal işlerdeki teslim süresine göre mahallinde yapılacak keşif sonucu bilirkişilerden alınacak raporla belirlenmesi gerekir. İşin mahiyetine göre teslim için beklenmesi gereken objektif süre dolmuş olmasına rağmen yüklenici eseri meydana çıkarmamış ya da bu sürede imal edilip tamamlamamışsa yüklenicinin temerrüdünün gerçekleştiği kabul edilmelidir.” Yargıtay 15. Hukuk Dairesi Esas Numarası: 2007/4786 Karar Numarası: 2008/3962 Karar Tarihi: 13.06.2008 (Lexpera). Aynı görüşte bkz. Gümüş, s. 33; Ayan, s. 101.

düzenlenmişse süre uzatımı bakımından sözleşmedeki hükümler uygulanır⁸⁰. Sözleşmede böyle bir düzenleme bulunmuyorsa da süre uzatımının doktrinde haklı sebep varsa ya da genel hükümler olan TBK m.97, 98, 106 ve 112 çerçevesinde veya haklı sebep kavramı içinde değerlendirilebilecek TBK m.473/I'e göre ya da sözleşmenin değişen şartlara uyarlanmasına ilişkin TBK m.480/II kapsamında talep edilebileceği savunulmaktadır⁸¹.

Öncelikle haklı sebep varsa süre uzatımının mümkün olduğunu savunan görüşe göre iş sahibinden kaynaklanan bir sebep ya da mücbir sebep veya olağanüstü bir durum yüzünden dürüstlük kuralı gereği yükleniciye ek süre verilmesi gerekebilir⁸². Sözleşmede süre uzatımına ilişkin bir hüküm olmadığı bir olayda süre uzatımını haklı sebep ve TMK m.2 uyarınca mümkün gören bir kararında Yargıtay

“... sözleşmede eserin teslim süresi kararlaştırılmamış, teslim süresini belirleme yetkisi davalıya tanınmıştır. Ancak; davalı, bu yetkisini kullanırken, objektif iyiniyet kurallarına uygun davranmalı ve haklı nedenlere dayalı gecikmeler hariç, eserin niteliğinin ve büyüklüğünün gerektirdiği imalât süresi içinde eseri tamamlamalıdır. Bir hakkın kullanılmasının açıkça adaletsizlik oluşturduğu ve gerçek hakkın tanınması ve bireyin korunması için tüm hukuki yolların kapalı bulunduğu zorunluluk hallerinde, Türk Medeni Kanunu'nun 2. maddesi uygulama alanı bulur ve hâkime olağanüstü bir imkân sağlar; haksızlığı düzeltici, yasa ve sözleşmedeki kuralları tamamlayıcı işlevini yerine getirir...” ifadelerini kullanmıştır⁸³.

Diğer görüş ise TBK'da bu yönde bir düzenleme olmadığı için haklı sebebin süre uzatımına mahal vermediğini, genel hükümler olan TBK m.97, 98, 106 ve 112 çerçevesinde süre uzatımının mümkün olup olmadığının tartışılması gerektiğini savunmaktadır⁸⁴. Bir başka görüş olan süre uzatımının haklı sebep olarak görülebilecek TBK m.473/I⁸⁵ bakımından değerlendirilmesiyle ilgili ise öncelikle maddenin lafzına bakmak gerekmektedir. ‘İşe başlama ve yürütme’ kenar başlığı taşıyan TBK m. 473/I

“Yüklenicinin işe zamanında başlamaması veya sözleşme hükümlerine aykırı olarak işi geciktirmesi ya da iş sahibine yüklenemeyecek bir sebeple ortaya çıkan gecikme yüzünden bütün tahminlere göre yüklenicinin işi kararlaştırılan zamanda bitiremeyeceği açıkça anlaşılırsa, iş sahibi teslim için belirlenen günü beklemek zorunda olmaksızın sözleşmeden dönebilir.” şeklindedir.

Görüldüğü gibi TBK m. 473/I'den hareketle iş sahibinden kaynaklı sebepler⁸⁶ yüzünden inşaatı teslimde gecikmeye düşen yüklenicinin süre uzatımı talep etmeye hak kazanacağı⁸⁷ ve hatta

⁸⁰ Bilgetekin, s. 50. Aynı görüşte, Kurt, s. 160.

⁸¹ Bilgetekin, s. 52-55. Bu kapsamda sözleşme boşluğuna ilişkin de bir görüş olduğu yönünde bkz. Bilgetekin, s. 55.

⁸² Büyükay, s. 72. Benzer yönde bkz. Aral, s. 359.

⁸³ Yargıtay 15. Hukuk Dairesi Esas Numarası: 2012/6362 Karar Numarası: 2013/4316 Karar Tarihi: 03.07.2013 (Legalbank).

⁸⁴ Bkz. Bilgetekin, s. 54 ve orada atıf yapılan yazar.

⁸⁵ Kurt, s. 167.

⁸⁶ Bunlara örnek olarak “... planların hazırlanmaması, gerekli talimatın vaktinde verilmemesi, projede değişiklik yapılması, müteahhide belli zamanlarda yapılması gerekli ödemelerin geciktirilmesi, malzemenin geç verilmesi, hazırlayıcı çalışmaların yapılmaması, müteahhidin kendisine düşen arsanın ifrazını yaptırma, proje hazırlanması ve yapı başlangıcı ile ilgili işlemleri yapma yükümlülüklerini yerine getirmesine rağmen iş sahibinin yüklenildiği arsa payını devir yükümlülüğünü yerine getirmemesi...” verilmektedir, Tandoğan, s. 115-116.

⁸⁷ Tandoğan, s. 117; Ayan, s. 109.

süre uzatımının tarafların varsayılan iradesinden kendiliğinden mümkün olabileceği ileri sürülmektedir⁸⁸. Bu hüküm 2017 tarihli Kırmızı Kitapta yer alan düzenlemelerle paralellik göstermektedir.

Diğer yandan, TBK m.480/II'nin eser sözleşmeleri için özel bir düzenleme içerdiği ve bu kapsamda süre uzatımı imkânının tanınabileceği belirtilmektedir⁸⁹. 'Götürü bedel' kenar başlığı taşıyan TBK m.480/II

“Ancak, başlangıçta öngörülemeyen veya öngörülebilip de taraflarca göz önünde tutulmayan durumlar, taraflarca belirlenen götürü bedel ile eserin yapılmasına engel olur veya son derece güçleştirirse yüklenici, hâkimden sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasını isteme, bu mümkün olmadığı veya karşı taraftan beklenemediği takdirde sözleşmeden dönme hakkına sahiptir. Dürüstlük kurallarının gerektirdiği durumlarda yüklenici, ancak fesih hakkını kullanabilir.” şeklindedir.

Dolayısıyla, TBK m.480/II'de düzenlenen sözleşme kurulurken öngörülemeyen ve öngörülebildiği halde taraflarca dikkate alınmayan, sözleşme kurulurken mevcut olan ya da sözleşme kurulduktan sonra ortaya çıkan olağanüstü olayların eserin tamamlanmasına engel olması veya bunu güçleştirmesi gerekmektedir⁹⁰. Belirli bir sürekliliğe sahip olması gereken⁹¹ bu olaylara örnek olarak deprem, su baskını,⁹² çok soğuk bir kış yaşanması, hammadde fiyatlarındaki yükseliş, üzerinde inşaat yapılacak araziyle ilgili durumlar,⁹³ askeri darbe, ekonomik bir kriz olması,⁹⁴ savaş, olağanüstü hal ilan edilmesi, yıldırım düşmesi, fırtına çıkması, genel grev yapılması ve piyasada bulunan iş gücü kıtlığı⁹⁵ verilmektedir. Bu da 2017 tarihli Kırmızı Kitapta yer alan hükümlerle paralellik göstermektedir. Doktrinde Gümüş öngörülemeyen bu olaylar yüzünden tamamlanma tarihinde gecikme yaşanma tehlikesi ortaya çıkar ve yüklenici TBK m.472/III'e⁹⁶ göre iş sahibine bunu gecikmeksizin bildirirse bu olaylar nedeniyle yaşanan gecikme süresinin olağan tamamlanma süresinin üzerine ekleneceği kanaatindedir⁹⁷. Kurt'a göre ise yüklenici eserin tamamlanmasında gecikmeye sebebiyet veren öngörülemeyen ve kaçınılamayan olağanüstü olay yüzünden işi yavaşlatmak veya durdurmak ile aşırı biçimde artan maliyetlerle işi fevkalade hızlandırarak bitirmek arasında kalıyorsa eser sözleşmesinin değişen şartlara uyarlanması yoluyla sözleşme süresinin uzatılması mümkündür⁹⁸. Benzer şekilde Kurt, bu sonuca TMK m.2'de ifadesini bulan dürüstlük kuralı sayesinde de ulaşabileceğinin ama eser

⁸⁸ Tandoğan, s. 117; Kurt, s. 167.

⁸⁹ Kurt, s. 190.

⁹⁰ Kurt, s. 192-193. Aynı yönde bkz. Eren, s. 671.

⁹¹ Erman, s. 74; Gönen, s. 76.

⁹² Eren, s. 670; Erman, Hasan. *İstisna Sözleşmesinde Beklenilmeyen Haller (BK. 365/2)*, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1979, s. 71; Gümüş, s. 33.

⁹³ Erman, s. 73.

⁹⁴ Gönen, s. 71.

⁹⁵ Kurt, s. 193.

⁹⁶ TBK m.472/III *“Eser meydana getirilirken, iş sahibinin sağladığı malzemenin veya eserin yapılması için gösterdiği yerin ayıplı olduğu anlaşılır veya eserin gereği gibi ya da zamanında meydana getirilmesini tehlikeye düşürecek başka bir durum ortaya çıkarsa, yüklenici bu durumu hemen iş sahibine bildirmek zorundadır; bildirmezse bundan doğacak sonuçlardan sorumlu olur.”* şeklindedir.

⁹⁷ Gümüş, s. 33-34.

⁹⁸ Kurt, s. 194. İnşaatın imkânsızlaşmadığı ama çok güçleştiği hallerde TBK m.480/II'nin uygulanacağı yönünde bkz. Erman, s. 82.

sözleşmeleriyle ilgili TBK'da özel hüküm olduğundan süre uzatımının kanuni dayanağının TBK m.480/II olması gerektiğinin de altını çizmektedir⁹⁹. Ayrıca Kurt yerinde olarak hem iş sahibine veya onun personeline atfedilebilecek sebepler hem de öngörülemez olaylar yüzünden gecikme söz konusu olursa yüklenicinin TBK m.472/III'de bahsi geçen bildirim iş sahibine yollaması gerektiğinin de altını çizmektedir¹⁰⁰.

Kanaatimizce inşaat sözleşmeleri eser sözleşmesi kapsamında değerlendirildiğinden TBK'da eser sözleşmesi özelinde düzenlenen TBK m.473/I ile TBK m.480/II'nin inşaat sözleşmelerindeki süre uzatımı talepleri bakımından uygulanması uygundur. Bu sayede inşaat sözleşmelerinde süre uzatımı daha hakkaniyetli sonuçlar doğuracak biçimde ele alınmış olur. Süre uzatımına hakkı olduğunu düşünen yüklenicinin TBK m.472/III'de düzenlenen şekilde iş sahibine bildirimde bulunması ve süre uzatımı talebinin gerekçesi olarak da TBK m.473/I veya TBK m.480/II'yi göstermesi yerinde olur.

SONUÇ

Başlanılan her projede belirli riskler bulunmaktaysa da çok fazla işin ve iş ortağının bulunduğu inşaat projelerinde öngörülmesi mümkün olmayan olay ve durumların gerçekleşme olasılığı daha yüksektir. Özellikle de bir inşaat projesinin tamamlanma süresinin uzunluğu dikkate alındığında süreç boyunca tarafların karşılaşabileceği çok çeşitli riskler ve komplikasyonlar olmaktadır. Bu hususu göz önünde bulunduran taraflar bir inşaat sözleşmesi akdederken işin tamamlanma süresini tayin ettikten sonra süre uzatımı ve/veya ek ödeme taleplerinin hangi koşullar altında istenebileceğini ve inşaatın süresinde tamamlanamaması halinde gecikmeden kaynaklı zarardan sorumluluğun kapsamını kararlaştırmaktadırlar. Bu noktada uluslararası arenada kabul gören ve inşaat sözleşmelerinde sıkça yer alan FIDIC kuralları da projelerin daha başarılı şekilde bitirilmesine yönelik ilke, kural ve prosedürler içermektedir. Bu çalışmanın konusu FIDIC'in uzun yıllardır biriktirdiği deneyimlerini yeni tarihli baskısına aktardığı, süre kavramına, işin başlama ve bitiş zamanlarına, süre uzatımı ile ek ödeme taleplerine ilişkin ayrıntılı hükümlere yer veren 2017 tarihli Kırmızı Kitaptır.

2017 tarihli Kırmızı Kitap inşaat sözleşmesine konu işin ne zaman başlayacağını belirli süreler öngörerek düzenlemekte ve yüklenicinin makul olan en kısa sürede faaliyete girerek hızla ve gecikmeden yapıma devam edeceğini belirtmektedir. Sözleşmede belirtilen tüm işleri süresi içinde tamamlamakla mükellef tutulan yüklenici aksi halde gecikme dolayısıyla iş sahibinin uğradığı zararı karşılamak durumunda kalmaktadır. İnşaatın tamamlanma süresinin önemine binaen yükleniciden hem işe başlarken işin işleyişini planlayıp bir başlangıç programı hazırlaması hem de yapım esnasında fiili durumu yansıtması için programı güncellemesi beklenmekte, böylece başlangıçtaki programın fiili ilerlemeyi yansıtmadığına ilişkin bir kontrol mekanizması oluşturulmaktadır. Aynı minvalde, tarafların ve mühendisin bilinen veya gerçekleşmesi muhtemel olan olay veya durumları önceden bildirme yükümlülüğü bulunmakta ve bu yolla inşaat sırasında ortaya çıkıp uyuşmazlığa sebebiyet verebilecek muhtemel olumsuz olay ve durumların olabildiğince erken bir vakitte engellenmesi amaçlanmaktadır.

⁹⁹ Kurt, s. 196. TBK m.480/II'nin uygulanması için tarafların kusurunun bulunmaması gerektiği yönünde bkz. Erman, s. 85-86.

¹⁰⁰ Kurt, s. 197.

Hangi durumlarda ve ne ölçüde süre uzatımı istenebileceği de 2017 tarihli Kırmızı Kitapta etraflıca ele alınmaktadır. Buna göre, tamamlanacak işte bir değişikliğe gidilmişse, FIDIC'in farklı bir maddesinde olup da süre uzatımına hak kazandıran bir sebep ortaya çıkmışsa, istisnai olarak addedilebilecek olumsuz iklim koşulları oluşmuşsa, salgın veya idari otoriteler yüzünden personel ya da mal temininde veya varsa iş sahibi tarafından sağlanan malzemelerde öngörülemeyen bir kıtlık yaşanmışsa veya iş sahibinin, iş sahibinin personelinin veya diğer yüklenicilerin neden olduğu ya da bunlardan kaynaklanan herhangi bir gecikme ya da engelle karşılaşılmışsa yüklenicinin süre uzatımı ve/veya ek ödeme talep hakkı bulunmaktadır. Söz konusu talep haklarına işlerlik kazandırmak için takip edilmesi gerekli prosedür de 2017 tarihli Kırmızı Kitapta detaylı şekilde hükme bağlanmaktadır. Gerçekten de talepte bulunan tarafın ek maliyete, hasara, gecikmeye veya uzatıma neden olan olay veya durumdan haberdar olduğu ya da olması gerektiği tarihten itibaren mümkün olan en kısa sürede ve en geç 28 gün içinde olay veya durumu açıklayan bir bildirimini mühendise yapması gerekmektedir. Aksi bir durumda yüklenici, herhangi bir ek ödeme ve/veya süre uzatım talebine hak kazanamayacaktır. Böylece FIDIC kurallarının kabul edildiği bir inşaat sözleşmesinde beklenilmeyen olaylar meydana geldiğinde bunlarla başa etmek, maliyet ile işleyiş programında kesinlik ve şeffaflık sağlamak daha kolay olmaktadır. Süre uzatım talebi kabul edilen yüklenici, hem edimini ifa edeceği – inşaatı tamamlamayacağı – vadeyi hem de iş sahibine gecikme tazminatı ödemekle yükümlü olacağı tarihi erteleme imkânına kavuşmaktadır. Dolayısıyla, FIDIC kurallarının benimsendiği bir inşaat sözleşmesinde taleplerinde haklılığını kanıtlamak isteyen yüklenicinin belirtilen talep prosedürüne uygun davranıp gerekli zamanda, gerekli belgeleri sunarak talepte bulunması gerekmektedir.

Hukukumuzda ise eser sözleşmesinin bir türü olarak değerlendirilen inşaat sözleşmelerinde söz konusu olan süre uzatımı taleplerine TBK'nın eser sözleşmesine ilişkin hükümleri uygulanmaktadır. Bu kapsamda inşaat sözleşmelerindeki süre uzatımı talepleri bakımından TBK'da eser sözleşmesi özelinde düzenlenen TBK m.473/I ile TBK m.480/II'nin uygulanması mümkündür. Dolayısıyla, yüklenici TBK m.472/III'de düzenlenen şekilde iş sahibine bildirimde bulunup süre uzatımı talebinin gerekçesi olarak da TBK m.473/I veya TBK m.480/II'yi göstererek süre uzatımı isteminde bulunabilir.

KAYNAKÇA

- Abbott, Nathan. “Time and Construction Contracts Extensions of Time and the Prevention Principle” https://www.cbp.com.au/WWW_CBP/files/a1/a1028786-f739-4c79-8dff-8c55bf61aa98.pdf, s. 1–9 (Erişim Tarihi: 23.2.2022).
- Aral, Fahrettin. *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2003.
- Arslan, Nurcan. “İnşaat Sözleşmesinde Bedel Ödeme Borcunun İfa Zamanı” *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, C. 156, 2021, s. 271–299.
- Ayan, Serkan. *İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdü*, Seçkin, Ankara, 2008.
- Balkanlı Eryiğit, Nur / Yaylan Sevimli, Betül / Güranlı Gürkan, Emre / Bilir, Senem. “FIDIC Sözleşmeleri’ndeki Yeniliklerin Değerlendirilmesi ve Eski Versiyonlarla Karşılaştırılması” *ELCezeri Journal of Science and Engineering*, C. 8, S. 1, 2021, s. 504–518.
- Bilgetekin, Nuran Tuğçe. *İnşaat Sözleşmelerinde Süre Uzatımı ve FIDIC Sözleşmelerindeki Görünümü*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020.
- Büyükcay, Yusuf. *Eser Sözleşmesi*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013.
- Eken, Özge. *İnşaat Sözleşmelerinde Süre Uzatım Halleri*, Seçkin, Ankara, 2021.
- Eren, Fikret. *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021.
- Erman, Hasan. *İstisna Sözleşmesinde Beklenilmeyen Haller (BK. 365/2)*, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1979.
- Fertitta, Thomas D. / Nedinsky, Anthony L. / Gilmore, Jeffrey G.. “Construction Project Delays and Time Extensions” içinde *Construction Contract Claims, Changes, and Dispute Resolution*, ed. Paul Levin, Asce Press, Virginia, 2016, s. 117–137.
- FIDIC, Construction Contract 2nd Ed. (2017 Red Book), <https://fidic.org/books/construction-contract-2nd-ed-2017-red-book> (Erişim Tarihi: 23.2.2022).
- FIDIC, History, <https://fidic.org/history> (Erişim Tarihi: 23.2.2022).
- FIDIC Covid-19 Guidance Memorandum to Users of FIDIC Standard Forms of Works Contract, (April 2020), s. 1–14, <https://fidic.org/sites/default/files/COVID%2019%20Guidance%20Memorandum%20-%20PDF.pdf>, (Erişim Tarihi: 24.3.2022).
- Giles, Paul / Gibson, Steve. “Raising the Bar - Time Bars and Their Enforceability in English Law EPC Contracts” <https://www.eversheds-sutherland.com/documents/services/construction/time-bars-in-english-law.pdf>, s. 1–3 (Erişim Tarihi: 23.2.2022).
- Godwin QC, William. *The 2017 FIDIC Contracts*, Wiley Blackwell, Oxford, 2020.
- Gönen, Doruk. *İnşaat Sözleşmesinde Bedel*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016.
- Gümüş, Mustafa Alper. *6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Borçlar Hukuku Özel Hükümler Cilt II (Eser, Vekâlet, Simsarlık, Vekâletsiz İş Görme, Havale, Saklama, Kefalet ve Garanti)*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012.
- Jaeger, Axel-Volkmar / Hök, Götz-Sebastian. *FIDIC-A Guide for Practitioners*, Springer, Heidelberg, 2010.
- J.S.Held, “COVID-19: Delay & Cost Claims for FIDIC Red Book Based Contracts” <https://jsheld.com/insights/articles/covid-19-delay-cost-claims-for-fidic-red-book-based-contracts>, (Erişim Tarihi: 24.3.2022).
- Klee, Lukas. *International Construction Contract Law*, Wiley Blackwell, Oxford, 2018.

Köksal, Tunay. “Uluslararası İnşaat Sözleşmesi Modeli Olarak FIDIC İnşaat İşleri Sözleşme Şartları” *Abant İzzet Baysal Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, C. 1, S. 20, 2010, s. 85–109.

Kurt, Leyla Müjde. “Eser Sözleşmelerinde Süre Uzatımı” *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, C. 27, S. 1, 2011, s. 157–206.

Mula, Luigi, “COVID-19 and FIDIC Contracts – Practical Guidance”, <https://www.dlapiper.com/en/italy/insights/publications/2020/upagain/covid-19-and-fidic-contracts-practical-guidance/>, (Erişim Tarihi: 24.3.2022).

Sawyer, John G. / Gillott, C. Arthur. *The FIDIC Digest - Contractual relationships, responsibilities and claims under the fourth edition of the FIDIC Conditions*, Thomas Telford, London, 1990.

Tandoğan, Haluk. *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri Cilt: II İstisna (Eser) ve Vekâlet Sözleşmeleri Vekâletsiz İş Görme Kefalet ve Garanti Sözleşmeleri*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010.

Tekelioğlu, Numan. “İnşaat Sözleşmelerinde Cezai Şart ve Götürü Tazminat” *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, C. 2, S. 2, 2017, s. 159–186.

Tolson, Simon / Glover, Jeremy. “Time Bars in Construction and Global Claims”, <https://www.fenwickelliott.com/sites/default/files/Time%20bars%20in%20constructions%20contracts%20and%20global%20claims.pdf>, s. 1-8 (Erişim Tarihi: 23.2.2022).

Tüzemen Atik, Ebru. “FIDIC Kırmızı Kitap (New Red Book) Kuralları Uyarınca İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu” *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XVIII, S. 2, 2014, s. 53-84.

Woodward-Smith, Mark. “Time Bar Clauses” [https://www.systech-int.com/insights/thoughts/time-bar-clauses#:~:text=A%20time%20bar%20clause%20\(or,of%20time%20or%20additional%20payment](https://www.systech-int.com/insights/thoughts/time-bar-clauses#:~:text=A%20time%20bar%20clause%20(or,of%20time%20or%20additional%20payment) (Erişim Tarihi: 23.2.2022).

Osmanlı Devleti'nde Gayrimüslimlerin Temel Hak ve Hürriyetleri Bağlamında Vakıf Kurma Hakkı

Sümeyye ULUSOY 

Araştırma Görevlisi, KTO Karatay Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Konya, Türkiye
sümeyye.ulusoym@karatay.edu.tr, (Sorunlu Yazar / Corresponding Author)

Makale Bilgileri

ÖZ

Makale Geçmişi

Geliş: 09.02.2022

Kabul: 29.03.2022

Yayın: 04.04.2022

Anahtar Kelimeler:

Osmanlı Devleti,
Gayrimüslim Tebaa, Temel
Hak ve Hürriyetler, Vakıf
Kurma Hakkı, Millet
Sistemi

Osmanlı Devleti, tarihin en güçlü ve en uzun ömürlü İslam devletlerinden biridir. Osmanlı Devleti'nin uzun ömürlü olmasını sağlayan en önemli etken, farklı etnik ve dini yapıdaki insanları aynı çatı altında toplayan hoşgörü anlayışını benimsemiş olmasıdır. Osmanlı Devleti, Gayrimüslim tebaasını bu hoşgörü anlayışının bir tezahürü olan, İslam kültürünün genel anlayışı ile uyuşan ve Fatih devrinde daha da sistematik hale getirilen millet sistemine göre yönetmiştir. Millet sistemi, güçlü bir merkezi idarenin kontrolü altında, her dini grubun kendi din adamları önderliğinde yarı özerk bir idareye sahip olduğu yönetim şeklini ifade eder. Osmanlı Devleti'nde farklı yapıdaki insan topluluklarının bir arada huzur içinde yaşamış olmasının bir başka sebebi de Osmanlı Devleti'nin, bir İslam devleti olmasına rağmen, Müslümanlara tanıdığı hakların neredeyse tamamını, Gayrimüslimlere de tanımasıdır. Bu haklardan en önemlisi de vakıf kurma hakkıdır.

Vakıf, bir malın hayır yapmak amacıyla mülkiyetinin Allah'a; menfaatinin ise kamuya bırakılmasıdır. Osmanlı dönemindeki Vakıflar, günümüzde en önemli devlet faaliyetlerinden olan eğitim öğretim hizmetleri, sağlık hizmetleri, kültür hizmetleri, güvenlik ve ulaşım hizmetleri, sosyal güvenlik hizmetleri, şehircilik hizmetleri ve ekonomik hizmetler gibi daha birçok kamu hizmeti faaliyetinin yürütülmesini sağlamaktaydılar. Vakıfların Osmanlı toplumdaki bu hizmetleri ve etkileri göz önünde bulundurulduğunda; Gayrimüslim topluluklara vakıf kurma hakkının tanınması, Gayrimüslimlere vakıflar aracılığıyla ayrı bir yönetim özerkliği verildiği izlenimi uyandırmaktadır. Bu durum ise merkezîyetçi ve otoriter bir yapıya sahip olan Osmanlı Devleti'nin yönetim anlayışı ile çelişmektedir. Bu bağlamda Osmanlı Devleti, Gayrimüslimlerin vakıf kurma hakkı ile devlet otoritesi arasında bir denge kurmuştur ve Gayrimüslimlerin vakıf kurma hakkını Müslümanlardan farklı sınırlandırmalara tabi tutmuşlardır. Ancak Gayrimüslimlere getirilmiş olan bu sınırlamalar, onların vakıf kurmalarına esastan engel teşkil edecek nitelikte olmamıştır ve vakıflar aracılığıyla kamu hizmeti niteliğindeki toplum ihtiyaçlarını giderebilmişlerdir.

The Right to Establish a Foundation in The Context of The Fundamental Rights and Freedoms of Non-Muslims in the Ottoman State

Article Info

ABSTRACT

Article History

Received: 09.02.2022

Accepted: 29.03.2022

Published: 04.04.2022

Keywords:

Ottoman Empire, Non-Muslim Subjects, Fundamental Rights and Freedoms, Right to Establish Foundations, Millet System.

The Ottoman Empire is one of the strongest and longest lasting Islamic states in history. The most important factor that ensures the longevity of the Ottoman Empire is that it has adopted the understanding of tolerance that gathers people of different ethnic and religious structures under the same roof. The Ottoman Empire governed its non-Muslim subjects according to the millet system, which was a manifestation of this understanding of tolerance, which was compatible with the general understanding of Islamic culture and was made more systematic during the reign of Fatih. Millet system refers to the form of government in which each religious group has a semi-autonomous administration under the leadership of its own clergy, under the control of a strong central government. Another reason why human communities of different structures lived together in peace in the Ottoman Empire is that the Ottoman Empire, despite being an Islamic state, gave almost all the rights it gave to Muslims to non-Muslims. The most important of these rights is the right to establish a foundation.

Foundation, the property of a property for the purpose of doing good to Allah; its interests are left to the public. Foundations in the Ottoman period provided the execution of many public service activities such as education and training services, health services, cultural services, security and transportation services, social security services, urban services and economic services, which are among the most important state activities today. Considering these services and effects of foundations in Ottoman society; The recognition of the right to establish foundations for non-Muslim communities gives the impression that non-Muslims are given a separate administrative autonomy through foundations. This situation contradicts the administrative understanding of the Ottoman Empire, which had a centralized and authoritarian structure. In this context, the Ottoman State established a balance between the right of non-Muslims to establish foundations and the state authority, and the right of non-Muslims to establish foundations was subject to different restrictions than Muslims. However, these restrictions imposed on non-Muslims were not such as to prevent them from establishing foundations, and they were able to meet the public service needs of the society through foundations.

Atıf/Citation: Ulusoy, S. (2022). Osmanlı Devleti'nde Gayrimüslimlerin Temel Hak ve Hürriyetleri Bağlamında Vakıf Kurma Hakkı, *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 5(1), s.161-182..

Plagiarism: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. // This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.



"This article is licensed under a [Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/). (CC BY-NC 4.0)"

GİRİŞ

Osmanlı Devleti, İslam Hukuku kurallarına göre yönetilen bir devlettir. Osmanlı Devleti'nin ve dahi Türk milletinin ilk anayasası olarak kabul edilen, 1876 Kanunu Esasi'nin 3 ve 4. maddelerine göre Osmanlı Devleti'nde benimsenen dinin İslam Dini olduğu anlaşılmaktadır. Bu sebeple İslam Devletlerinde ve dolayısıyla Osmanlı Devleti'nde vatandaşlık kurumu modern vatandaşlık kurumu gibi ülkenin sınırlarına bağlı değildir. Çünkü İslam devlet anlayışına göre din ve devlet iç içedir ve bütün Müslümanlar nerede olursa olsun "ümme" çatısı altında toplanmaktadırlar. Yani İslam hukuku kurallarına göre vatandaşlık kavramının karşılığı aynı dil, renk, ırk ya da aynı ülke sınırları içinde doğmak değildir. İslam hukuku kurallarına göre vatandaşlık kavramının karşılığı, inanç noktasında insanların hangi dini benimsediğidir. Bir insan, İslam dinini benimsemiş ise o nerede olursa olsun Osmanlı Devleti vatandaşı; benimsememiş ise daha sonra içeriği açıklanacak olan "zimmi, müste'men ve harbiler" statüsündedir. Bu çalışmada ise Gayrimüslimler ifadesi ile anlatılmak istenen Osmanlı Devleti topraklarında zimmi statüsünde bulunan tebaadır.

Osmanlı Devleti, tebaasını her ne kadar Müslim-Gayrimüslim olmak üzere iki ayrı vatandaşlığa tabi tutmuş olsa da her iki gruba da temel hak ve hürriyetleri kullanma yönünden benzer statüler tanımıştır. Ancak Gayrimüslim tebaanın Müslümanlar arasında asimile olmaması ve güvenlik sebebiyle bazı temel hak ve hürriyetleri kullanmaları Müslümanlardan daha fazla sınırlandırılmıştır.

Osmanlı Devleti'nde Müslümanlara ve Gayrimüslimlere tanınan temel hak ve hürriyetler, İslam hukuku ile çerçeveselendirilmiştir. Bu sebeple bu çalışmada öncelikle İslam hukukunun Gayrimüslimlere tanıdığı temel hak ve hürriyetlere genel hatlarıyla değinilir iken; vakıf kurma hakkına özellikle yer verilmiştir. Çalışmanın devamında İslam hukukuna göre çerçevesi çizilmiş olan bu temel hak ve hürriyetlerin özellikle vakıf kurma hakkının Osmanlı Devleti'ndeki kapsamına ve sınırlarına yer verilmiştir.

Osmanlı Devleti, izlemiş olduğu hoşgörü politikası ile çağdaşları arasında gayrimüslimlere görülmemiş bir hürriyet ortamı sağlamıştır. Bunun en güzel tezahürünü onlara tanınmış olan vakıf kurma hakkı oluşturmaktadır. Osmanlı Devleti hem Müslümanlar açısından hem de Gayrimüslimler açısından vakıf kurma hakkında benimsemiş olduğu ilkelerle öyle muntazam bir denge kurmuştur ki kurduğu bu denge ile hem kamu hizmeti niteliğindeki iş ve işlemlerin devlet hazinesine olan yükünü azaltmış hem de bu denge ile kurulan düzen, çağdaşları arasında en hürriyetçi düzen olarak kabul edilmiştir. Günümüzde ise modern kanunlara göre belirlenen ilkeler ışığında Gayrimüslim vakıfları olan cemaat vakıflarına hem tüzel kişilik tanınmış hem de mal edinmelerinin yolu açılmıştır. Buna rağmen cemaatler, mevcut bu düzeni, yeterince hürriyetçi olmadığı gerekçesiyle eleştirilmektedir. Bu sebeple günümüz sistemlerine yol gösterici olmak gayesiyle Osmanlı'daki Gayrimüslim vakıf sistemi özellikle açıklanmaya muhtaç bir sistemdir.

I. Kavramsal Çerçeve

Osmanlı Devleti'nde Gayrimüslimlerin temel hak ve hürriyetleri konusunda açıklanması önem arz eden kavramlar öncelikle "hürriyet" ve "hak" kavramlarıdır. Buna göre hürriyet, bir şeyi yapıp yapmama ya da belirli bir konuda nasıl davranacağını belirlemede serbest hareket etme

iradesidir¹. Hak ise benimsenen hukuk düzenlerince tanınmış olan yetkililerdir. Buna göre hak sahibi olan kişi, başkalarından bu haklarına saygı gösterilmesini bekleyebilir ve devletten de bu beklentisinin desteklenmesini talep edebilir². Temel hak ve hürriyetler de anayasada düzenlenerek anayasal bir güvenceye kavuşturulmuş olan hak ve hürriyetlerdir³.

Bu çalışmada temel hak ve hürriyetler kavramıyla anlatılmak istenen, yalnızca 1876 tarihli Kanunu Esasi'de yer alan hak ve hürriyetler değil; kanunnamelerde, fermanlarda ve diğer hukuki düzenlemeleri içeren metinlerde kabul edilmiş olan hatta yazılı bir metne sahip olmadığı halde İslam hukuku ilkeleri gereğince kabul görmüş olan ve Osmanlı tebaası tarafından kullanılan temel hak ve hürriyetlerdir. Zira Osmanlı tebaası, Osmanlı'nın ilk Anayasası olan 1876 tarihli Kanunu Esasi'ye kadar birçok hak ve hürriyetin kullanıcısı olmuştur.

Osmanlı tebaası Müslüman ve Gayrimüslim olmak üzere ikiye ayrılıyordu. Müslümanlar nerede olursa olsun Osmanlı Devleti'nin vatandaşı sayılıyordu. Gayrimüslimler, dinlerine ve Müslümanlarla olan politik ilişkilerine göre de kendi içinde ayrımlara tabi tutulmuştu. Dine göre yapılan ayırımı gayrimüslimler, ehli kitap ve müşrikler olarak ikiye ayrılmaktaydılar. Müşrikler putlara tapan kesim iken ehli kitaplar; Tevrat, Zebur, ya da İncil'e inanan kesimdi⁴. Gayrimüslimler, Müslümanlarla kurdukları politik ilişkilere göre ise üç farklı grupta toplanmaktaydılar. Bunlar; Zimmiler, müste'menler ve harbilerdir. Harbiler, İslam devleti toprakları dışında yaşayan Gayrimüslimlerdi ve bu kişiler İslam devletinin korumasından yararlanamazlardı. Müste'menler, belirli bir süreliğine İslam devleti topraklarında oturma izni elde etmiş kişilerdi. Zimmiler ise İslam devleti egemenliğine girmiş ve sürekli olarak İslam devleti topraklarında yaşayacak olan kişilerdi. Zimmilik statüsü, zimmet adı verilen bir sözleşme ile kurulmakta ve bu sözleşme ile zimmilerin, İslam Devleti'nin koruması altına girmiş olduğu kabul edilmekteydi. Zimmet sözleşmesi yalnızca Ehli Kitap olan Gayrimüslimlerle yapılırdı, yani bir müşriğin, zimmilik statüsünü elde etme hakkı yoktu⁵. Zimmilik statüsünün temelleri ise ilk olarak

¹ Gözler, Kemal, *İnsan Hakları Hukukuna Giriş*, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2017, s. 39.

² Aybay, Rona, *İnsan Hakları Hukuku*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2015, s. 3.

³ Gözler, Kemal, *Türk Anayasa Hukuku*, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2019, s. 279; "Temel hak ve hürriyetler" kavramı, ilk bakışta bir temel hak ve hürriyetin, temel olarak isimlendirilmeyen hak ve hürriyete göre daha önemli olan gibi bir anlama gelmektedir. Ancak bu bakış açısı, kişiye göre değişen, şekli olmayan, maddi bir bakış açıdır. Böyle bir bakış açısıyla hangi hakların "temel" olduğu noktasında uzlaşma sağlanması çok zordur. Ancak "temel hak" kavramına maddi değil; şekli bakış açısıyla yaklaşırsa kavram üzerinde uzlaşma sağlanması kolaylaşacaktır. Buna göre "temellik" kavramı, normlar hiyerarşisi de göz önünde bulundurularak değerlendirilirse Anayasa'da yer alan haklar için kullanılması uygun olacaktır. Kısacası "temellik" kavramı, anayasal düzeyde bir tanıma ve koruma anlamına gelmektedir. Bkz. Gözler, 2017, s. 67.

⁴ Işık, Alper, *Türkiye'de Ulus-Devlet ve Gayri Müslim Azınlık*, On İki Levha Yayıncılık A.Ş., İstanbul, 2016, s. 38; Eryılmaz, Bilal, *Osmanlı Devletinde Gayrimüslim Tebaanın Yönetimi*, Risale Yayınları, İstanbul, 1990, s. 18; Bozkurt, Gülnihal, "İslam Hukukunda Zimmilerin Hukuki Statüleri", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* C. 3, S. 1-4, 1987, s. 116-117; Ayber, Bahar, *Tanzimat'tan Lozan'a Türkiyede Azınlık Hakları*, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Anayasa Bilim Dalı, Basılmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2008, s. 29.

⁵ Cin, Halil ve Akgündüz, Ahmet, *Türk İslam Hukuk Tarihi*, Timaş Basım Ticaret ve Sanayi Anonim Şirketi, İstanbul, 1990, s. 454-455; Bozkurt, 1987, s.117-118; Koyuncu, Nuran, *Osmanlı Devleti'nde Gayrimüslimlerin Din ve Vicdan Hürriyetleri Bağlamında Mabetlerin Hukuki Statüsü*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014, s. 7-9; Bilgiç, Veysel K. "Osmanlı Devleti'nde Azınlıklar", *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, S. 21, 2013, s. 341-342; Tökel, Arif, "Ottoman Human Rights Practice: A Model of Legal Pluralism", *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, C. 2, 2016, s. 204-205; Işık, s. 38; Ancak zamanla mecusilere, budistlere ve hindulara da zimmi olma hakkı tanınmıştır. Bkz. Cin, Halil ve Akyılmaz, S. Gül, *Türk Hukuk Tarihi*, Sayram Yayınları, Konya, 2009, s. 161. İslam hukukunda Gayrimüslimlerin Müslümanlarla olan ilişkilerinin ayet ve hadis zeminine oturtularak ayrıntılı bir incelemenin yapıldığı çalışma için

Medine Vesikasının 25. maddesinde atılmıştır⁶. Bu da bizlere Osmanlı Devleti'nde Gayrimüslimlerin temel hak ve hürriyetlerini incelemeye önce İslam hukukuna göre Gayrimüslimlerin hukuki statülerinin ve temel haklarının incelemesinin zorunluluğunu göstermektedir.

II. İslam Hukukunda Gayrimüslimlerin Hukuki Statüsü Ve Temel Hak Ve Hürriyetleri

Gayrimüslim halkın İslam hukuku içindeki yerini tespit etmek ve önemini belirtmek, kuruluşundan yıkılışına kadar “ahkam-ı örfiye ve şer’iyye” ile yönetilmiş olan Osmanlı Devleti’nin sorunlarını ve yapısını anlamak bakımından oldukça gereklidir⁷. Osmanlı Devleti’nin bünyesinde gayrimüslimlerin sayısının milyonları bulduğu göz önünde bulundurulursa bu gereklilik daha da açık olarak ortaya çıkacaktır⁸.

İslam hukukuna göre halk iki ana gruba ayrılmaktadır. Bunlar; vatandaşlık hak ve ödevi olan Müslümanlar ile siyasal hakları ve benimsedikleri dine bağlı olarak kendilerine uygulanan hukuk kuralları açısından Müslümanlardan farklı olan zimmilerdir. Zimmiler, İslam devleti tarafından zimmet adı verilen bir sözleşmeye dayanılarak koruma altına alınmış topluluklardır⁹. Bu topluluklar, kendi dinlerini değiştirmeden, cizye ve haraç ödeme koşulu ile bir İslam devletinin korunmasından yararlanan ehli kitap kişilerden oluşur. Zimmet anlaşması ile zimmilerin mal ve can dokunulmazlıkları, din ve vicdan hürriyetleri İslam devleti tarafından koruma altına alınmaktadır. Düşmana karşı artık zimmileri İslam Halifesi koruma altına almış sayılmaktadır. Bunun karşılığı olarak da zimmiler, idareye bağlılık ve sadakat göstermek ayrıca yıllık vergi ödemek zorundadır. Bunlarla birlikte zimmiler, cizye ödemek koşulu ile askerlik yapmak zorunda değildir¹⁰.

Zimmiler diğer bir ifade ile Gayrimüslimler evlenme, boşanma, miras ve vasiyet gibi hukuki muamelelerinde, Bakara Suresi’nin 256. Ayeti¹¹ ve Yunus Suresi’nin 99. Ayeti¹² gereğince kendi hukuklarını uygulamakta serbesttir. Ancak tüm bunlarla birlikte İslam hukukunun genel

ayrıca Bkz. Çuak, Muhammed *Osmanlı Hukukunda Azınlıkların İbadet Hakkı*, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Temel İslam Bilimleri Anabilim Dalı Basılmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2015, s. 134-160.

⁶ Cin ve Akyılmaz, s. 161-162; GÜNEŞ, Mehmet, “Osmanlı Devleti’nin Gayrimüslim Tebaaya Yaklaşımında Dönemsel Değişimler”, *Tarih ve Gelecek Dergisi*, C. 3, S. 3, 2017, s. 14; Bilgiç, s. 341.

⁷ Ercan, Yavuz, *Osmanlı Yönetiminde Gayrimüslimler Kuruluştan Tanzimat’a Kadar Sosyal, Ekonomik ve Hukuki Durumları*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2001, s. 1.

⁸ 1884 yılındaki nüfus sayımlarına göre Osmanlı Devleti’nde 12.590.352 Müslüman nüfusu mevcut iken; 4. 553.507 Gayrimüslim nüfus mevcuttur. Bkz. Eryılmaz, s. 81; 1477 yılında İstanbul’da Müslüman nüfusu 9486 iken; Rum-Ortodoks nüfusu 9743, Yahudi nüfusu 1647, Ermeni nüfusu 1647, diğer gayrimüslimlerin sayısı 1014’tür.

⁹ Bozkurt, 1987, s. 115-117; Aydın, M. Akif, *Türk Hukuk Tarihi*, Beta Basım, Yayım, Dağıtım A.Ş., İstanbul, 2009, s. 145.

¹⁰ Bozkurt, Gülnihal, *Alman İngiliz Belgelerinin Işığında Gayrimüslim Osmanlı Vatandaşlarının Hukuki Durumu (1839-1914)*, Türk Tarih Kurumu Basımevi, Ankara, 1996, s. 8; Üçok, Çoşkun/ Mumcu, Ahmet/ Bozkurt, Gülnihal, *Türk Hukuk Tarihi*, Savaş Yayinevi, Ankara, 1996, s. 70; Cin ve Akyılmaz, s. 161-162; Ayber, s. 31-32; Zimmet sözleşmesinin ayrıntılı bilgisi için ayrıca Bkz. Kenanoğlu, M. Macit, *Osmanlı Devletinde Millet Sistemi ve Gayrimüslimlerin Hukuki Statüleri(1453-1856)*, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Basılmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2001, s. 23-31.

¹¹ Bakara Suresi’nin 256 Ayeti’nin Meali: “Dinde zorlama yoktur. Doğru eğriden açıkça ayrılmıştır. Artık kim sahte tanrıları reddeder de Allah’a inanırsa kopmayan sağlam bir kulpa yapmıştır. Allah her şeyi işitir ve bilir.”.

¹² Yunus Suresi’nin 99. Ayeti’nin Meali: “Eğer rabbın dileseydi, yeryüzünde bulunanların hepsi topluca iman ederdi. Hal böyleyken, mümin olsunlar diye sen tutup insanları zorlayacak mısın!”.

ilkesi gereğince hukukun uygulanacağı şahıslar bakımından genel ilke mülkîlik ilkesidir. Yani İslam ülkelerinde yaşan herkese, dini ne olursa olsun, kendilerine uygulanacak olan hukuk, İslam hukukudur. Bu sebeple İslam devleti topraklarında yaşayan Gayrimüslimlere İslam hukuku uygulanır¹³. Bu noktada da İslam hukukunun genel olarak hak ve hürriyeti hangi çerçevede değerlendirdiği bu bağlamda gayrimüslimlere hangi temel hak ve hürriyetleri tanıdığı önem arz etmektedir.

İslam hukuku hak ve hürriyetler konusunda Müslüman olan ve olmayan ayrımı gözetmeksizin tüm insanlığı bir bütün olarak değerlendirmiştir¹⁴. Ancak hak ve hürriyetlerin kullanımı, genel İslami çizgilerle belirlenmiştir. Kelamcılara göre insan, başıboş bir varlık değildir. İnsan sahip olduğu irade-i cüz'iyeye sebebiyle, tasarruflarında Allah'a karşı sorumludur. Buna göre temel hak ve hürriyetler, İslam inancı üzerine kuruludur. Buna göre temel hak ve hürriyetler ne kişinin kendisine ne de başkasına zarar vermeyi öngöremez ve destekleyemez. İslam hukukunda mutlak hak ve hürriyet yoktur. Günahtan sakınmayarak hür yaşamak isteyenler, "sefih, fasık, ehl-i delalet" gibi terimlerle adlandırılmışlardır. İslam hukukunda hak ve hürriyetler, İslami hükümlerin sınırları içinde bir hürriyettir. Bu sebeple müellifler, temel hak ve hürriyetler için "şer-i hürriyet" tabirini kullanmaktadır. Buna göre Allah'a karşı kulluk idraki içinde olan kimse, insanlardan menfaat sağlamak için insanlara tenezzül etmez ve dolayısıyla bir insanın imanı ne kadar kuvvetli ise o insanın o kadar hür olduğu kabul edilir.

Temel hak ve hürriyetler, İslam toplumun olmazsa olmaz bir unsurudur. Çünkü İslam hukukuna göre hürriyet, şahsa bağlıdır, başkasına devredilemez, vazgeçilemezdir. İslam hukukunda aslolan hürriyettir, sınırlama istisnadır. Bir davranışın haram ya da helal olduğu noktasında şüphe duyulursa; o davranışın serbest olduğu anlayışı hakimdir. Mecelle'nin 8. maddesinde bu ilke, "*Beraat-i zimmet asıldır.*" şeklinde ifade edilmiştir. İslam hukukuna göre hürriyetin bir başka özelliği ise vatandaşlar arasında ırk, cinsiyet, renk vb. unsurlar gözetilmeksizin

¹³ Aydın, s. 148; Kenanoğlu, M. Macit, *Osmanlı Millet Sistemi Mit ve Gerçek*, Klasik Yayınları, İstanbul, 2017, s. 78; Mülkîlik ilkesinin İslam dininde inanç özgürlüğüne aykırı düştüğü için İslam hukukunda uygulanmasını kabul etmeyen görüş için ayrıca Bkz. Kumaş, M. Salih, *Çok Hukuklu Sistem ve İslam Hukukundaki Yeri*, Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Temel İslam Bilimleri Anabilim Dalı İslam Hukuku Bilim Dalı Basılmamış Doktora Tezi, Bursa, 2007, s. 183-186.

¹⁴ Bu noktada İslam Müçtehitleri evrenselci okul ve cemaatçi okul olarak ikiye ayrılmıştır. Ebu Hanife'nin temsilciliğini yaptığı, evrenselci okula göre bir insan ister çoğunluk grubuna ister azınlık grubuna mensup olsun doğuştan gelen birtakım haklara sahiptir. Bu haklar, sınıf, renk, dil, ırk, din ve etnik farklılıklar gözetilmeksizin tüm insanlığın eşit olarak sahip olduğu haklardır. Muhammed b. İdris eş-Şafi, Malik ibn-i Enes, Ahmed ibn-i Hanbel tarafından temsil edilen cemaatçi okula göre dokunulmazlık, inanış ya da anlaşma yoluyla kazanılabilecek bir haktır. Onlara göre Müslüman bu haklara inanışları sayesinde sahiptir. Ancak Gayrimüslimler bu haklara bir İslam devleti ile zimmet anlaşması yapmak suretiyle sahip olabilir. Onlara göre hukuki kişilik sahibi olmak, anlaşma koşullarını yerine getirmekle mümkündür. Hukuki kişiliğe sahip olabilmek için Gayrimüslimler, cizye vergisini, İslam devletine ödemek zorundadır. Aksi taktirde Gayrimüslim hukuki kişiliğini kaybedecektir. Bkz. Şentürk, Recep, "İslam'da Azınlık Hakları: Zimmiden Vatandaşa", *İnsan Hakları Araştırmaları*, C. 4, S. 6, 2006, s. 53-54; Kumaş, s. 155-156; İslam hukukuna göre tüm insanların kanun önünde eşit ve her şeyden üstün olduğu ancak temel hak ve hürriyetleri kullanma yönünden Müslüman-Gayrimüslim ayrımının yapıldığı görüş için ayrıca Bkz. Aral, Berdal, "The Idea of Human Rights as Perceived in the Ottoman Empire", *Human Rights Quarterly*, C. 26, 2004, s. 458-459; Gayrimüslimlerin İslam hukukunda dönemsel hukuki statülerinin ayrıntılı bilgisi için ayrıca Bkz. Kenanoğlu, 2001, s. 7-22.

herkesin sahip olduğu ve bu sebeple kanunlar dairesinde herkesin bu haklardan istifade edebileceğidir¹⁵.

İslam hukuku anlayışının, temel hak ve hürriyetler ile ilgili çizdiği çerçeve, günümüz temel hak ve hürriyetlerin kullanımına ilişkin sınırlara yakın bir çerçevedir. Bu doğrultuda İslam hukukunun Gayrimüslimlere tanıdığı hakları orta çağ anlayışı göz önünde bulundurulduğunda ilerici olarak kabul etmek gerekir¹⁶. İslam hukuku anlayışında, Müslüman-Gayrimüslim ayrımı gözetilmeksizin herkese doğrudan verilmiş olarak kabul edilen ve Gayrimüslimlere tanınıp tanınmadığı noktasında tartışma konusu bile yapılmayan temel hak ve hürriyetlerin varlığı kabul edilmiştir. Buna göre bu haklar, hayatın dokunulmazlığı, malın dokunulmazlığı, dinin dokunulmazlığı, ifade özgürlüğünün dokunulmazlığı, neslin dokunulmazlığı, ırzın dokunulmazlığı haklarıdır¹⁷.

İslam devletlerinde hem Müslümanların hem de Gayrimüslimlerin sahip olduğu ancak yukarıda sayılan temel hak ve hürriyetler arasında değerlendirilmeyen önemli bir hak da vakıf kurma hakkıdır. Vakıf, geçmişi insanlık tarihi kadar eski olan bir kurumdur. İnsanların iyilik yapmak amacıyla kurduğu ve İslam hukuku ile hukuki bir zemin kazanan bu kurum yalnızca Müslümanların ilgilendiği bir kurum değildir. Farklı dinlere mensup olan insanların sosyal, kültürel ve dini hizmetlerinin yerine getirilmesi için vakıf benzeri uygulamaları hayatlarına aldığı bilinmektedir¹⁸. İslam hukukuna göre vakıf, “*Mülk olan bir aynı, vakfedenin mülkünde hapsedmek ve menfaatini(gelirini) fakirlere veya diğer hayır yollarına tasadduk etmekten ibarettir*¹⁹”. Kısaca vakıf, özel mülkiyete konu olan bir şeyin istek ve irade ile şahıs mülkiyetinden çıkarılıp toplum yararına tahsis edilmesidir²⁰.

Vakıf kurumu yalnızca Müslümanların ilgilendiği bir kurum olmamakla birlikte İslam hukukunda hukuki zemin kazanmış bir kurumdur. Böyle olmakla birlikte vakıf kurumu, meşruluğu

¹⁵ Armağan, Servet, *İslam Hukukunda Temel Hak ve Hürriyetler*, Diyanet İşleri Başkanlığı, Ankara, 1992, s. 58-61; İslam hukukunda temel hak ve hürriyetlerin kullanım ilkeleri ile ilgili benzer görüş için Bkz. Cin ve Akgündüz, s. 184-186; İslam'da insan hakları hukukuna genel bir bakış ve Osmanlı döneminde Gayrimüslimlere tanınmış olan hak ve hürriyetler için ayrıca Bkz. Konan, Belkis, “İnsan Hakları ve Temel Özgürlükler Açısından Osmanlı Devletine Bakış”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 15, S. 4, 2011, s. 258-282; İslam hukukunun insana bakış açısını ayetlerle açıklayan bir çalışma için ayrıca Bkz. Aral, s. 458-464.

¹⁶ Napoleon Bonaparte, 1798-1799 tarihinde Mısır ve doğu ticaret yolları üzerindeki işgalini desteklemek amacıyla Suriye ve Filistin Katolik Ermenileri arasında isyan çıkarmaya çalışmıştır. Bu isyanın düzenlenmesi için İstanbul'daki büyükelçisine talimat vermiştir ve büyükelçisinden şu cevabı almıştır: “*Ermeniler buradaki yaşamlarından o kadar memnunlar ki isyan imkansızdır.*” diğer örnekler için Bkz. Şentürk, s. 47.

¹⁷ Şentürk, s. 56; Kumaş, s. 56-57; İslam hukukuna göre Gayrimüslimlerin kamu hizmetine girme ve sosyal güvenlik gibi başkaca hakları da bulunmaktadır. Bunun için ayrıca Bkz. Eryılmaz, s. 19-21; İslam hukukunda Gayrimüslim hak ve yükümlülüklerinin ayrıntılı incelemesi için ayrıca bkz. Çuçak, s. 174-214; Kenanoğlu, 2001, s. 32-59.

¹⁸ Berki, A. Himmet, “Vakıfların Tarihi, Mahiyeti, İnkişafı ve Tekâmülü, Cemiyet ve Fertlere Sağladığı Faideler”, *Vakıflar Dergisi*, C. 6, S. 6, 1965, s. 9; İslam hukuku dışındaki örnekler için Bkz. Alkan, Mustafa, “Azınlık Vakıfları (Tarihî Arkaplanı, Hukukî Yapısı ve İç Analizi)”, *Gazi Akademik Bakış*, C. 2, S. 4, 2009, s. 94-95; Ömer Faruk Teber, Ö. Faruk, “Osmanlı Toplumunda Sosyal Kurum Olarak Vakıf Kurumu Ve İşleyişi”, *Dini Araştırmalar Dergisi*, C. 4, S. 12, 2002, s. 199; Akgündüz, Ahmet, *İslam Hukukunda ve Osmanlı Tatbikatında Vakıf Müessesesi*, Türk Tarih Kurumu Basım Evi, Ankara, 1988, s. 11-14.

¹⁹ Akgündüz, s. 41; Benzer tanımlar için Bkz. Güneri, Hasan, “Azınlık Vakıflarının İncelenmesi”, *Vakıflar Dergisi*, C. 10, 2006, s. 84; Güneri, Hasan, *Türk Medeni Kanunu Açısından Vakıfta Amaç Kavramı ve Amacına Göre Vakıf Türleri*, Sevinç Matbaası, Ankara, 1976, s. 5; Teber, s. 198; Berki, A. Himmet, “Hukuki ve İçtimai Bakımdan Vakıf”, içinde *Vakıf Hukuku Yazıları Ali Himmet Berki*, ed. Hüseyin Çınar, Vakıflar Genel Müdürlüğü Yayınları, Ankara, 2013, s. 81; Üçok/ Mumcu/ Bozkurt, s. 123.

²⁰ Güneri, 2006, s. 84.

noktasında İslam hukukunda uzunca tartışmaların yaşandığı bir kurumdur. Bunun sebebi olarak Kuran-ı Kerim ve Sünnette bu konuyu doğrudan düzenleyen hükümlerin olmaması görülmüştür. İslam dinin ilk saflığına dönmek isteyen yeni akımlar ise vakfın bidat olduğunu savunmuşlardır. Tüm bunlar İslam alemini, vakıf ile İslam dinin temel prensipleri arasında kurulmak istenen ilişkinin şüpheli olduğu sonucuna götürmüştür²¹. Ancak unutulmamalıdır ki İslam hukukunda temel hak ve hürriyetler için “beraat-i zimme asıldır” ilkesi geçerlidir ve bu ilkenin sonucu olarak bir hak ve hürriyetin sınırlandırıldığı konusunda kesin hüküm bulunmayan konularda ilgili hak ve hürriyetin serbest olduğu yorumu yapılmalıdır. Vakıf kurma bu açıdan İslam hukukunun serbest bıraktığı bir hak olmaya uygundur. Ayrıca vakıfların doğrudan İslam hukukunun asli kaynakları olan Kur'an-ı Kerim ve Sünnette açıkça düzenlenmediği iddiası, pek gerçekçi bir iddia değildir²².

Vakıf kurumunun topluma, sosyal, kültürel, ekonomik ve dini hizmetler²³ yönünden katkısı düşünüldüğünde Gayrimüslimlerin bu hayır işini²⁴ yapmalarını engelleyici hukuki düzenlemeler yapmak, İslam hukukunun temel hak ve hürriyetler anlayışı ile bağdaşmamaktadır. Ancak

²¹ Teber, s. 199.

²² Vakıf kurmasını tavsiye teşvik eden Kuran-ı Kerim Ayetleri:

Al-i İmran Suresi 92. Ayet: “Siz sevdiğiniz şeylerden infak etmedikçe iyiliğe kavuşmuş olmazsınız.” Bakara Suresi 195. Ayet: “Mallarınızı Allah yolunda harcayın, kendi elinizle kendinizi tehlikeye atmayın, iyilik edin; doğrusu Allah iyilik edenleri sever.” Bakara Suresi 177. Ayet: “Asıl iyilik o kimsenin iyiliğidir ki; Allah'a, ahiret gününe, meleklere, kitap ve peygamberlere inandı, sevdiği malını yakınlarına, yetimlere, yoksullara, yolda kalmışlara, dilencilere ve boyunduruk altında bulunan (köle ve esir) lere mal verdi.” Bakara Suresi 267. Ayet: “Ey iman edenler! Kazandıklarınızın en güzel olanlarından ve sizin için yerden çıkardığımız şeylerden infak ediniz.” Kuran-ı Kerim'de vakfi destekleyen diğer ayetler için ayrıca Bkz. Yediyıldız, Bahaeddin, “Vakıf: Tarih”, içinde Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, İslam Araştırmaları Merkezi, Ankara, 2003, s. 479; Bir Hadisi Şerifte vakıf kurma şu şekilde tavsiye edilmiştir: “Bir insan öldüğünde ameli(sevabı) kesilir. Amel defteri kapanır. Yalnız; Sadaka-i cariyesi, ilmi bir eseri, kendisine dua eden hayırlı bir evladı olan kimsenin amel defteri kapanmaz.” Hz. Peygamber, hicretin 32. yılında Medine'de kendisine ait yedi hurma bahçesini vakfetmiştir ve gelirini İslam'ın müdafaası ve zorunlu ihtiyaçların karşılanmasına tahsis etmiştir. Fedek hurmalığını, parasız kalmışın yiyecek ve içeceği olmayan yolculara vakfetmiştir. Hayber hurmalığını üçe ayırarak iki hissesini Müslümanların ihtiyaçlarına bir hissesini de bakmakla yükümlü olduğu kimselerin ihtiyaçlarına eğer bunlardan artan olursa fakir ve muhacirlere vakfetmiştir. Bkz. Akbulut, İlhan, “Vakıf Kurumu, Mahiyeti ve Tarihi Gelişimi”, *Vakıflar Dergisi*, C. 30, 2007, s. 65; Vakfın İslam hukukunun asli kaynakları ışığında yerinin ayrıntılı açıklaması için ayrıca Bkz. Akgündüz, s. 14-18; İslamın ilk dönemlerinde vakıf uygulama örnekleri için ayrıca Bkz. Akman, Ahmet, *Eski Vakıflar Hukuku ve İdaresi*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, s. 22-23.

²³ Vakıfların toplumdaki hizmet rolleri için ayrıca Bkz. Yediyıldız, s. 480-481; Akman, Ahmet, “Eski Vakıflar Hukuku Bağlamında Vakıf Müessesesi ve Günümüzdeki Etkileri”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 2, S. 26, 2018, s. 200-209; Halaçoğlu, Yusuf, “Osmanlılarda Vakıf Müessesesi”, *Vakıf Haftası Dergisi*, C. 1, 1984, s. 99; Güneri, 1976, s. 68; Berki, “Hukuki ve İçtimai Bakımdan Vakıf”, s. 83-84; Berki, 1965, s. 12; Vakıfların Gayrimüslim toplumdaki hizmetleri için ayrıca Bkz. Vingas, Pandeli Laki, “Osmanlıdan Günümüze Cemaat Vakıfları: Cemaatlerin Yeni Yönetim Anlayışında Vakıfların Rolü ve Geleceği”, *Balkanlarda Osmanlı Vakıfları ve Eserleri Uluslararası Sempozyumu*, Vakıflar Genel Müdürlüğü, 2012, s. 48-49; Şensoy, Fatma, *Osmanlı İmparatorluğu'nda Çocuğa ve Kadına Hizmet Veren Sosyal ve Ekonomik Boyutu*, Marmara Üniverstesi Sosyal Bilimler Enstitüsü İktisat Anabilim Dalı İktisat Tarihi Bilim Dalı Basılmamış Doktora Tezi, İstanbul, 1994, s. 32-87.

²⁴ Vakfın yalnızca hayır işi olarak ahiret ve sevap düşüncesiyle mi, malını müsadereden kurtarmak kaygısıyla mı yoksa kendisinden sonra gelecek nesline dokunulmaz şekilde bir geçim kaynağı bırakmak düşüncesiyle mi yapıldığı hep tartışılır bir konu olmuştur. Bkz. Teber, s. 201. Vakfın kuruluş amacının hayır dışında başkaca sebeplerle de yapıldığı ancak en yaygın amacın din olduğu görüşü için Bkz. Yıldız, Kenan, “Aykırı Vakıflar: Osmanlıda Fukarâ-yı Müslimini de Gözeten Gayrimüslim Vakıfları”, *Osmanlı Araştırmaları*, S. 54, C. 54, 2019, s. 142; Üçok, Mumcu, Bozkurt, s. 123-124.

vakıfların güçlenerek devletin çıkarlarına ters düşen iş ve işlemleri yapabileceği gerçeği göz önünde bulundurulursa Gayrimüslimlerin vakıf kurma hakkı bazı sınırlamalara tabi tutulabilir²⁵.

İslam hukukuna göre vakıflar, kuruluş amaçları bakımından hayri ve zürri(aile) vakıfları olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Bu ayrım vakıf kurucularının tercihine dayanan bir ayrımdır. Hayri vakıflarda mal, doğrudan hayır işi için vakfedilir iken; aile vakıflarında aile geleceğinin korunması için vakfedilmektedir. Kısacası aile vakıflarında sosyal hayri bir amaç söz konusu değildir²⁶. Vakıfların amacı, hayır yapmak olmasına rağmen zürriyet devam ettikçe mülk gibi tasarruf edilen aile vakıflarının İslam hukukundaki amacı tartışılmakla birlikte zürriyet kesildikten sonra söz konusu malın hayri vakfa tahsis edilmiş mal gibi muamele görecektir olması aile vakıflarına İslam hukukunda izin verilmesinin yolunu açmıştır. Gayrimüslimler de İslam topraklarında Müslümanlarla benzer usuller izleyerek birçok aile vakfı kurmuşlardır²⁷. Ancak Gayrimüslimlerin hayri vakıf kurması Müslümanlardan farklı usullere bağlanmıştır.

İslam hukukuna göre Gayrimüslimler, doğrudan kendi kilise ve manastırları adına vakıf kurma hakkına sahip değillerdir. Kilise ve manastır gibi Gayrimüslim mabetlerinin vakıftan yararlananlar arasında yer alabilmesi için bu kurumların vakfiyelerde doğrudan değil; dolaylı olarak zikredilmesi gerekmektedir ve vakıflardan asıl yararlanacak olanların fakir kimseler olduğu vakfiyelerde açıkça belirtilmelidir²⁸. Buna göre bir Gayrimüslim, gayrimüslim fakir fukara adına

²⁵ İslam devletinde Gayrimüslimlerin vakıf kurma hakkına sınırlandırma getirilmesinin haklı dayanağı için Bkz. Güneri, 2006, s. 85; Yalnızca Gayrimüslimler özelinde değil; genel olarak vakıf, mülkün tedavülden çıkmasına ve mülkün yalnızca belirli bir amaç için kullanılmasına sebep olmaktadır. Bundan dolayı vakıfı, servetin tedavülü engellediği ve mülkün başka şekillerde kullanıldığında sağlanacak olan ekonomik çıkarı engellediği için sakıncalı bulan görüşler için Bkz. Onar, Siddık Sami, *İdare Hukukunun Umumi Esasları C.II*, İsmail Akgün Yayınları, İstanbul, 1966, s. 665; Güneri, 1976, s. 21-23; Aksi görüş için Bkz. Berki, A. Himmet, "İslamda Vakıf, Zağanus Paşa ve Zevcesi Nefise Hatun Vakfiyeleri", içinde *Vakıf Hukuku Yazıları Ali Himmet Berki*, ed. Hüseyin Çınar, Vakıflar Genel Müdürlüğü Yayınları, Ankara, 2013, s. 49.

²⁶ Akbulut, s. 70; Üçok/ Mumcu/ Bozkurt, s. 126; Cin ve Akyılmaz, s. 283; Korkmazer, Sıddık, "Osmanlı Kıbrıs'ında Gayrimüslim ve Kilise Vakıfları", *ATABE Dini Araştırmalar Dergisi*, C. 1, S. 5, 2021, s. 39; E Kermeli, Eugene, "Ebû's-Su'ûd'a Göre Kilise Vakıfları Osmanlı Hukukundaki Teori ve Pratiği", *Vakıflar Dergisi*, C. 34, S. 34, 2010, s. 166; Yıldız, 2019, s. 144; Teber, s. 202-204; Akman, 2019, s. 81-83; Hayri ve Zürri vakıfların ortaya çıkışı ve modern kabullere göre vakıfların bu şekilde ayrımının değerlendirildiği çalışma için ayrıca Bkz. Çilingir, Hamdi, *Hanefi Vakıf Hukukunda Gaye Unsuru*, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Temel İslam Bilimleri İslam Hukuku Anabilim Dalı Basılmamış Doktora Tezi İstanbul, 2014, s. 15-25; İslam hukukunda aile vakıfları hakkında ayrıntılı bilgi için ayrıca Bkz. Kaya, M. Yaşar, *Osmanlı Hukukunda ve Osmanlı Tatbikatında Aile Vakıfları*, Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Temel İslam Bilimleri Anabilim Dalı İslam Hukuku Bilim Dalı Basılmamış Doktora Tezi, Bursa, 2017.

²⁷ Yıldız, 2019, s. 145; Vakıflar Genel Müdürlüğü kayıtlarına göre Osmanlı devrine ait 27 000 vakfiye bulunmaktadır. Bkz. Yüksel, Hasan, "Vakfiye: Türk ve Osmanlı Tarihi", içinde *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*, İslam Araştırmaları Merkezi, Ankara, 2012, s. 468. Bunlardan toplamda 161 adedi Gayrimüslim vakıflardır. Bkz. Alkan, s. 99; Bu Gayrimüslim vakıfların ise 48 adedi Osmanlı Devleti döneminde kurulmuş olan Gayrimüslim vakıflarıdır. Bkz. Ceyhan Muhammed, *Osmanlı Devleti'nde Gayri Müslimlerin Mülk ve Vakıf Edinimi (18. Yüzyıl)*, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Tarih (Yeniçağ Tarihi) Anabilim Dalı Basılmamış Doktora Tezi, Ankara, 2016, s. 146.

²⁸ Ercan, s. 213; Yıldız, 2019, s. 145; Korkmazer, s. 40; Alkan, s. 97; Çünkü Hanefi mezhebine göre bir vakıf kurbet şartını (Allah'a yaklaşma amacı) yerine getirmesi gerekir. Bundan dolayı bir Gayrimüslimin kuracağı vakıf, hem adına kurulan dine hizmet etmeli hem de İslam dinine hizmet etmelidir ki kurbet şartı gerçekleşsin. Yani bir gayrimüslim yalnızca kilise adına vakıfta bulunursa İslam dinine göre kurbet şartı gerçekleşmeyecektir ancak kilise adına olmakla birlikte kilisenin fakir fukarasına da vakfettiği belirtilirse İslam dinine göre kurbet şartı gerçekleşmiş sayılacaktır. Burada ilginç olan şey şudur ki bir Gayrimüslimin vakfı kendi dinine göre de kurbet şartı taşımamalıdır aksi halde vakıf geçersiz sayılır. Örneğin bir Gayrimüslim öldükten sonra evim mescit olsun derse bu durum bizim inancımıza göre kurbet şartını taşımasına rağmen onlara göre taşımadığı için vakıf geçersizdir. Bkz. Çilingir, s. 128-

vakıf kurabilir hatta bir Gayrimüslim, Müslüman fakir fukara adına da vakıf kurabilir ancak bir Gayrimüslim, bir mabet için doğrudan vakıf kuramaz²⁹. Bu yasağa, Gayrimüslimler açısından yalnızca kilise ve havralar değil; camiler de dahildir. Yani bir Gayrimüslim, bir cami için bile olsa vakıf kuramaz³⁰. Ayrıca bir Müslüman da kilise ya da havra gibi kendi inancı dışındaki başkaca bir inancın mabedi için vakıf kuramaz³¹. İslam Devletlerinde ve dahi Osmanlı Devleti'nde yukarıdaki sınırlamalara uygun olacak şekilde Gayrimüslim vakıflar kurulmuştur³².

III. Bir İslam Devleti Olarak Osmanlı Devleti'nde Gayrimüslimlerin Hukuki Statü Ve Temel Hak Ve Hürriyetleri

A. Osmanlı Devleti'nde Gayrimüslimlerin Hukuki Statüsü

Osmanlı Devleti temellerini, büyük ölçüde İslam dinini esas alarak teokratik temeller üzerine oturtmuştur³³. Bununla birlikte Osmanlı Devleti'nde hem İslam hukuku hem de örfi hukuk kuralları uygulanmıştır³⁴. Ancak Müslüman olmayan kesim için Müslümanlar içinde eritme politikası uygulanmamıştır ve Müslüman olmayanlar İslam toprakları olarak kabul edilen Osmanlı Devleti'nde Halife'nin güvencesi altında dinlerini muhafaza ederek yaşamlarını sürdürmüşlerdir. Osmanlı Devleti'nde de İslam hukukunda olduğu gibi Gayrimüslimler, zimmilik statüsü içerisinde değerlendirilmiştir. Bu statü eşliğinde birçok farklı etnik köken ve kültüre sahip insanlar yüzyıllar boyunca bir arada kendi kültürlerini koruyarak yaşamışlardır³⁵.

Osmanlı Devleti'nde vatandaşlık, İslam hukuku vatandaşlık sistemi ile bağdaşmakla birlikte ondan ayrılan yönleri de bulunmaktadır. Örneğin Osmanlı Devleti'nde çıkan kanunnameler geneldir ve kanunnamelerde aksi belirtilmedikçe kanunnamelerin muhatapları hem Müslümanlar hem de Gayrimüslimlerdir. Bu durum, Gayrimüslimlerin kendileri hakkında düzenleyici hükümlerde bulunamaması olarak yorumlanmıştır³⁶. Oysaki İslam hukukunda, Gayrimüslimlerin kendileri için düzenleyici hükümlerde bulunmasını yasaklayan bir genel ilke söz konusu değildir. Bir başka ayırım ise Gayrimüslimlerin özerk bir yönetime sahip olup olmamaları

129; Koyuncu, Nuran, "Kilise Vakıfları" içinde *Türk Anayasa Hukukunun Güncel Sorunları*, ed. Ferhat Uslu, Beşköprü Yayınları, Sakarya, 2017, 31.

²⁹ Alkan, s. 97; Kenanoğlu, 2001, s. 42-43; Bu yasağın gerekçesi hiçbir topluluğun güç unsuru olan taşınır, taşınmaz mallarını süresiz olarak her an karşına düşmanı olarak çıkacak bir başka topluluğa vermesinin makul olmaması olarak açıklanır. Bu düşünceye göre taşınır, taşınmaz malların gelirleri vakıf yoluyla yabancılara geçmiş olacaktır. Bkz. Güneri, s. 85.

³⁰ Ercan, s. 12; Bir Gayrimüslimin bir Müslüman lehine vakıf kuramayacağı görüş için Bkz. Ercan, s. 213; Aksi yöndeki bir Gayrimüslimin Müslüman lehine vakıf kurabileceği görüş için Bkz. Yıldız, "Aykırı Vakıflar: Osmanlıda Fukarâ-yı Müslimîni de Gözeten Gayrimüslim Vakıfları", s. 143; Üçok/ Mumcu/ Bozkurt, s. 126; Güneri, 2006, s. 85; Aykant, Mehmet, *Osmanlı Sosyal Güvenlik Hukukunda Temel Kurumlar*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, s. 100.

³¹ Korkmazer, s. 40; Çilingir, s. 127.

³² Kurulan vakıf örnekleri için ayrıca Bkz. Yıldız, 2019, s. 155.

³³ Aydın, s. 65; Ay, Nuran, "Osmanlı Devletinde Merkezîyetçilik Prensibi ve Hukuk Sistemine Etkileri", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 10, S. 1-2, 2002, s. 145; Koç Başar, Cansu, "Osmanlı Millet Sisteminden Ulusa Geçiş", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 23, S. 1, 2017, s. 197; Aral, s. 465.

³⁴ Bozkurt, Gülnihal, "Türk Hukuk Tarihinde Azınlıklar", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 43, S. 1-4, 1993, s. 50; Koyuncu, 2014, s. 43; AY, s. 145-146; Bashir, Sobia and Imran, Amen, "Legal System of Ottoman Empire", *Journal of Law and Society (University of Peshawar)*, C. 42, S. 59-60, 2012, s. 101.

³⁵ Bozkurt, 1993, s. 50; Konan, s. 264-265; Demir, Mustafa ve Turan, Tufan, "Türkiye Selçuklu Ve Osmanlı Tecrübesinde Gayr-i Müslim Kimliği", *Akademik İncelemeler Dergisi*, C. 2, S. 1, 2014, s. 198.

³⁶ Kenanoğlu, 2017, s. 50-51; Kenanoğlu, 2001, s. 70.

ile ilgilidir. Osmanlı Devleti'nde farklı dinlere mensup kişiler, İslam hukukunun Gayrimüslimlere tanıdığı ifade hürriyeti, din ve vicdan hürriyeti bağlamında kendi dinlerini yaşama hakkına sahiptirler. Ancak bir kişinin dini yaşantısının tezahürleri özel hukuk muamelelerinde kendini daha çok göstermektedir. Bundan dolayı Osmanlı Devleti'nde Gayrimüslimler, evlenme, boşanma ya da kilise ve havraların mallarının ve vakıflarının idaresinde Müslümanlardan farklı usuller benimseyebiliyorlardı. Ancak Gayrimüslimler, ekonomik, sosyal, kamu düzeni ve cezaya ilişkin konularda yeknesak uygulamalara uymak mecburiyetindeydiler. Bu ikili yapı karşısında ise Klasik İslam hukukunda düzenlenmeyen “Millet Sistemi” Osmanlı Devleti hayata geçirmiştir³⁷. Bu sebeple Osmanlı Devleti'nde Gayrimüslimlerin hukuki statüsünün anlaşılması için millet sisteminin ne olduğunu açıklanması önem arz etmektedir.

Osmanlı toplumunda Müslüman ve Gayrimüslimler, Türk, Rum, Bulgar, Arap olarak adlandırılmamışlardır; Müslüman, Ortodoks, Gregoryen, Katolik, Protestan ya da Yahudi olarak adlandırılmışlardır. Çünkü Osmanlı Devleti'nde vatandaşlar, ırksal aidiyetlerine göre değil; dinsel aidiyetlerine göre ayrılmışlardır. Buna göre Osmanlı Devleti'nde Gayrimüslimler bir taraftan İslam hukukuna göre zimmet hükümlerine tabi tutulur iken; bir taraftan da mensubu oldukları din ya da mezheplerine göre “millet sistemine” tabi tutulmaktaydılar. Buna göre Osmanlı Devleti'nin hakimiyeti altındaki toplulukları din ya da mezhep esasına göre gruplara ayırarak yönetmesine millet sistemi denilmiştir. Şu hâlde “millet”, Osmanlı Devleti'nde dini grupların adıdır³⁸. Bu dini grupların her birinin idarecisi farklıdır. Millet sistemine göre her fert içine doğmuş olduğu milletin(cemaatin) ruhani liderinin idaresine bağlı olarak yaşar. Her dini grubun en yüksek rütbeli din adamlarından biri, o dini grubun lideri olarak seçilir, kendi topluluğunu düzenler ve yönetirdi³⁹. Millet başının yönettiği Osmanlı Devleti adına millettten vergi toplama yetkisi vardı ve vergi toplama faaliyeti karşısında millet başının karşılaştığı mukavemet, Osmanlı Devleti'nin kolluk gücü tarafından etkisiz hale getirilirdi⁴⁰.

³⁷ Bozkurt, *Alman İngiliz Belgelerinin Işığı Altında Gayrimüslim Osmanlı Vatandaşlarının Hukuki Durumu (1839-1914)*, s. 1; Işık, s. 41-42; Tökel, s. 204.

³⁸ Bilgiç, s. 339-354; Bozkurt, 1993, s. 50; Bozkurt, *Alman İngiliz Belgelerinin Işığı Altında Gayrimüslim Osmanlı Vatandaşlarının Hukuki Durumu (1839-1914)*, s. 1; Aydın, s. 152; Cin ve Akyılmaz, s. 163; Yıldız, Özgür, *Osmanlı Devleti'nde Sosyal Hayat*, Pegem Akademi, Ankara, 2021, s. 2-3; Ayber, s. 34-35; Ortaylı, İlber, “Osmanlılar'da Millet Sistemi”, içinde *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*, İslam Araştırmaları Merkezi, 2005, C. 30, s. 66; Doğan, Hüseyin, “XIX. Yüzyılında Osmanlı Devletinde Temel Hak ve Hürriyetler Açısından Canik (Samsun) Ermenileri”, *Kafkas Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, C. 5, S. 9, 2018, s. 68; Güllü, Ramazan Erhan, “Osmanlı Devleti'nde Azınlık Var mıydı? Osmanlı Devleti'nin Gayrimüslim Vatandaşlarının 19. Yüzyılda Değişen Hukuki Statüleri Hakkında Bir Değerlendirme”, *bilig- Türk Dünyası Sosyal Bilimler Dergisi*, S. 95, 2020, s. 151; Koç Başar, s. 196; Güneş, s. 15-17; Demir ve Turan, s. 199; Bashir and Imran, s. 101.

³⁹Bozkurt, 1993, s. 49-59; Bozkurt, *Alman İngiliz Belgelerinin Işığı Altında Gayrimüslim Osmanlı Vatandaşlarının Hukuki Durumu (1839-1914)*, s. 9-10; Eryılmaz, s. 38; Cin ve Akyılmaz, s. 165; Ortaylı, s. 67; Güneş, s. 16-17; Demir ve Turan, s. 207-208.

⁴⁰ Tüm bunlar aslında Osmanlı Devleti'nde Gayrimüslimlerin tam manasıyla özerk bir yönetim hali içinde olmadıklarının bir göstergesi niteliğindedir. Bkz. IŞIK, s. 42; Aynı yöndeki görüşler için ayrıca Bkz. Kenanoğlu, 2017, s. 53-55; Kenanoğlu, 2001, s. 73-74; Güllü, s. 155; Osmanlı devletinde Gayrimüslimlerin özerk bir yönetimin olduğunu savunan görüş için Bkz. Yıldız, 2021, s. 3; Osmanlı Devleti'nde Gayrimüslimlerin İslahat Fermanı sonrasında özerk bir yönetime sahip olduğunu kabul eden görüş için Bkz. Güllü, s. 152-153; Kanaatimizce Gayrimüslimlerin Osmanlı Devleti'nde özerk yönetimleri varmış gibi görünmesinin sebebi, aslında güçlü bir merkezî otorite altında farklı din mensuplarına dinlerini gereği gibi yaşama noktasında çağdaşları arasında görülmemiş bir hoşgörü politikasının izlenmesidir. Osmanlı Devleti'nde Gayrimüslimlerin özerk yetkilerinden bahsedebilmek için yasama, yürütme ve yargı yetkileri yönünden Osmanlı Devleti'nden bir ayrılığının söz konusu olması gerekir. Gayrimüslimler Osmanlı Devleti'nde tam manasıyla bir yasama yetkisine sahip değillerdi. Osmanlı Devleti'nin

Din değiştirme olayının gerçekleşmesiyle birlikte bağlı olunan cemaat de değişirdi. Millet, anlam olarak aynı dine mensup olmayı ifade ederken; ümmet ise aynı ulusa, aynı etnik kökene bağlılığı ifade etmekteydi⁴¹. Zaman içinde iki bu kavramında karşılıklı yer değiştirip tam zıt anlamlar haline alması şaşılacak bir durumdur. Bu iki kavramın birbirinin yerine kullanılması Osmanlı Devleti'nin son zamanlarında olmuştur. Osmanlı Devleti'nin son zamanlarında dünya genelinde ulusçuluk akımı başlamıştır ve Osmanlı Devleti, topraklarını koruma politikası çerçevesinde tüm vatandaşlarına eşit hak ve yükümlülükler tanıyan düzenlemeler getirmiştir. Buna göre Tanzimat Fermanı, Islahat Fermanı ve devamında vatandaşlığın asli kazanımını toprak değil; kan esasına dayandıran 1869 tarihli “Tabiiyet-i Osmaniye Kanunnamesi” bu düşüncenin ürünleridir. 1876 tarihli Kanunu Esasi’de ise Osmanlı tebaasını “Osmanlı vatandaşlığı” altında birleştirmeyi amaçlayan bu düşünce değişmemiştir ve Kanun-u Esasi’nin 8. maddesi ve devamı maddelerinde bu düşünce yerini korumuştur⁴².

B. Osmanlı Devleti’nde Gayrimüslimlerin Temel Hak ve Hürriyetleri

Osmanlı Devleti’nde Gayrimüslimlerin temel hak ve hürriyetleri, İslam hukukundaki temel hak ve hürriyetlerin çerçevesinden farklı değildi. İslam hukukunda temel hak ve hürriyetler olarak kabul edilen hak ve hürriyetler aynen Osmanlı Devleti’nde de kabul edilmiştir⁴³. İslam hukukunda ifade hürriyetinin dokunulmazlığı hakkı burada millet sistemi ile iyice yerini sağlamlaştırmıştır. Buna göre Osmanlı Devleti’nde millet başları gerek dini gerek adli ve eğitim işlerini ve gerekse hükümetle olan münasebetlerini yürütmek için güçlü bir teşkilat kurmuşlardır. Ortodoksların millet işlerini Fener Patrikhanesi, Musevilerinkini Hahamhane, Ermenilerinki Ermeni Patrikhanesi yürütmekteydi⁴⁴. Her millet teşkilatının din adamlarından oluşan bir ruhani meclisi bulunmaktaydı ve bu meclis millet liderlerini seçmekteydi. Her millet kendi mezhebine göre dini ibadet ve ayinlerini tam bir serbesti içinde yapabiliyordu. Osmanlı Devleti, Gayrimüslim mabetlerinin idaresine ve iç teşkilatına kesinlikle karışmamıştır⁴⁵.

hukuki düzenlemeleri aksi belirtilmedikçe herkesi bağlayıcı içerikteydi. Osmanlı Devleti’nde Gayrimüslimlerin tam manasıyla bir yürütme yetkisine sahip olduğu da söylenemez çünkü onların idarecisi olarak kabul edilen millet başları bağımsız değil; Osmanlı Devleti’ne bağlı bir idarecidir. Gayrimüslimlerin ilk dönemler için bağımsız bir yargı yetkilerinin olduğu da söylenemez çünkü Gayrimüslimlere ait cemaat mahkemelerinin yalnızca basit davalara bakma yetkisi vardır. Gayrimüslim mahkemeleri ağır suçlarla ilgili davalara bakmakla yetkili değildi. Gayrimüslim Mahkemeleri yalnızca evlenme, boşanma, miras, din adamlarının vergi memurlarının atanması ve görevden alınması gibi davalara bakmakla yetkiliydiler. Gayrimüslimlerin cemaat mahkemelerinin yetkili olduğu bu alanlar eğer her iki tarafta Gayrimüslimse geçerlidir. Uyuşmazlığın bir tarafı Müslüman olduğunda görevli mahkeme şer’iye mahkemeleridir. Mahkemelerin yetki tanımları için ayrıca Bkz. Ercan, s. 247.

⁴¹ Bilgiç, s. 339.

⁴² Kanun-u Esasi’nin 8. maddesi: “Devleti Osmaniye tabiiyetinde bulunan efradın cümlesine herhangi din ve meshepten olur ise bila istisna Osmanlı tabir olunur ve osmanlı sıfatı kanunen muayyen olan ahvale göre istihlal ve izae edilir.”

⁴³ Okur Gümrükçüoğlu, Saliha, “İstanbul Kadı Sicillerine Göre Gayr-i Müslimlerin Sosyal Ve Hukuki Konumları(XVI VE XVII Yüzyıllar)”, *İhya Uluslararası İslam Araştırmaları Dergisi*, C. 4, S. 2, 2018, s. 242.

⁴⁴ Doğan, s. 74.

⁴⁵ Osmanlı Devleti, İslam hukukunun benimsemiş olduğu temel hak ve hürriyetleri aynen benimsemiş olmakla birlikte İslam hukukunun kendi iç işleyişinden dolayı temel hak ve hürriyetlere birtakım sınırlamalar getirmiştir. Bunlar; Gayrimüslim erkekler, Müslüman bir kadınla evlenemez. Ancak Müslüman erkekler, zimmi bir kadınla evlenebilirler. Gayrimüslimler ve Müslümanlar birbirine mirasçı olamazlar. Gayrimüslimler camii inşası için vakıf kuramazlar. Gayrimüslimler, Müslümanların kullanılması yasaklanmış olan domuz eti şarap gibi malları tasarruf etmekte serbest olmalarına rağmen Müslümanlarla bu mallarla ilgili sözleşme yapamazlar, sözleşmeye faiz şartı koyamazlar. Zimmiler ile Müslümanlar arasında bir uyuşmazlık olursa bu uyuşmazlık kadı önünde çözülmesi zorunludur.

Osmanlı Devleti, Gayrimüslim topluluklar üzerindeki yetkisini, yönetim, maliye ve askerlik gibi konularla sınırlandırmıştır. Osmanlı Devleti bu konuların dışında kalan eğitim, adalet, nüfus, evlenme, boşanma, din işleri gibi konuları millet sistemi gereğince millet teşkilatları eliyle yürütmek üzere tebaaya ve bu işlere bakmayı amaç edinmiş vakıflara bırakmıştır⁴⁶. Anlaşılacağı üzere bir Gayrimüslim vakfının millet teşkilatı içindeki rolü oldukça önemlidir. Çünkü Gayrimüslimlerin vakıf kurma hakkı, bu hakkın kapsamı ve sınırları aynı zamanda Gayrimüslimlerin devlet ile ilişkilerini belirleyen önemli bir unsurdur.

C. Osmanlı Devleti'nde Gayrimüslimlerin Vakıf Kurma Hakkı

Osmanlı Devleti, İslam hukukunun Gayrimüslimlere tanıdığı temel hak ve hürriyetleri çok az farklarla aynen tanımıştır. Vakıf kurma hakkı da Osmanlı Devleti'nin Gayrimüslimlere tanıdığı en önemli haklardan biridir⁴⁷. Çünkü Osmanlı Devleti, kamu hizmeti için hazineden özellikle bir bütçe ayırmamaktaydı ve kamu hizmetlerini vakıflar, devletin kamu hizmeti anlayışına yakın bir anlayışla yerine getirmekteydiler⁴⁸. Gayrimüslimlere tanınan vakıf kurma hakkı İslam hukuku kuralları ile çerçevelendirilmiştir. Buna göre kadınlara ve din adamlarına gönderilen ferman ve beratlarda Gayrimüslimlerin vakıf hakları konusunda hiçbir zorlukla karşılaşmamaları gerektiği belirtilmiştir⁴⁹. Özellikle Gayrimüslimlerin hem İslam dinine göre hem de Zimmilerin dinine göre hayır olarak kabul edilen çeşme, hastane ve başkaca hayır cihetleri için kurulan vakıflarının caizliği kesin olarak kabul edilmiştir⁵⁰. Osmanlı Devleti'nde Gayrimüslimlerin aile vakıfları kurması da caizdi⁵¹. Böylece, Osmanlı Devleti, Gayrimüslimlere aile vakfı kurma hakkı tanıyarak, Gayrimüslimlere ait taşınmaz malların nesiller boyu aynı ailede kalmasını sağlamıştır.

Osmanlı Devleti'nde Gayrimüslim vakıfları ile ilgili olarak tartışmaların söz konusu olduğu vakıflar, kilise ile bağlantılı olan vakıflardır⁵². Osmanlı Devleti'nde Gayrimüslimlere ait vakıflarının farklı gruplara ayırarak incelenmesi konun daha anlaşılır olmasını sağlayacaktır. Buna

Gayrimüslimlerin evleri şehir kenarlarında Rum, Ermeni, Yahudi mahalleleri olarak ayrılmış gruplar halinde yaşamaları istenmiştir. Gayrimüslimlerin Müslümanlar için kutsal sayılan yerlerde ikamet etmeleri de yasaklanmıştır. Örneğin Mekke ve Medine şehrinde Gayrimüslimlerin ikameti yasaklanmıştır. Aynı şekilde Eyüp Sultan Türbesi etrafında da Gayrimüslimlerin ikameti yasaklanmıştır. Gayrimüslim evleri Müslümanlarınkinden yükseklik ve renk olarak farklı olmak zorundaydı. Ancak bu uygulama Osmanlı Devleti'nde çok sert olarak uygulanmamıştır. Gayrimüslimler kıyafet olarak da Müslümanlarınkine ya da mensubu olmadığı bir cemaatin kıyafetine benzer ve atlas elbise giymeleri yasaklanmıştır. Ayrıca Gayrimüslimlerin silah kuşanmaları ve ata binmeleri de yasaktı. Gayrimüslimlere getirilen bu sınırlamalar aslında onların Müslümanlar içinde erimesini engellemiştir ve bu sınırlamalar Gayrimüslimler lehine olmuştur. Bkz. Bozkurt, *Alman İngiliz Belgelerinin Işığında Gayrimüslim Osmanlı Vatandaşlarının Hukuki Durumu (1839-1914)*, s. 14-29; Ercan, s. 9-13; Osmanlı devletinde Gayrimüslimlerin hak ve yükümlülükleri hakkında ayrıntılı bilgi için ayrıca Bkz. Kenanoğlu, 2017, s. 341-441; Bozkurt, 1993, s. 50-51; Okur Gümrükçüoğlu, s. 243-256; Demir ve Turan, s. 201-203.

⁴⁶ Okur Gümrükçüoğlu, s. 242.

⁴⁷ Koyuncu, 2017, s. 32.

⁴⁸ Koyuncu, 2017, s. Aykanat, s. 92; Halaçoğlu, s. 99.

⁴⁹ Koyuncu, 2014, s. 64-65; Koyuncu, 2017, s. 32.

⁵⁰ Akgündüz, s. 173; Koyuncu, 2014, s. 65; Koyuncu, 2017, s. 33.

⁵¹ Yıldız, 2019, s. 145; "Zeyd-i zimmî bazı emlâkine nefsine, ba'dehu Amr-ı zimmîye, ba'dehu Amr'ın evlâdına, ba'de'l-inkirâz kendinin akrabasından mevcud olanlara, ba'de'l-inkirâz bir kenîsenin fukarâsına vakfeylese sahîh olur mu? el-Cevâb: Tescil olundu ise olur" Bkz. Ceyhan, s. 168; Ceyhan, Osmanlı Devleti'nde şahısların yalnızca kendi adına ya da aileleri adına hiç vakıf bulunmadığını belirtmiştir. Bunun sebebi ise çalışmasında incelediği vakıfların, vakıf şartlarında, yararlananlar arasında aile fertleri ile birlikte fakir fukaranın da yazılmasının şart koşulmuş olmasıdır. Ona göre böylece Gayrimüslimlerin vakıf şemsiyesi altında taşınmaz mallarını koruma altına almasının önüne geçilmiştir. Bkz. Ceyhan, s.172.

⁵² Nuran, 2017, s. 33.

göre Osmanlı Devleti'nde kilise ile bağlantılı olan Gayrimüslim vakıfları, Osmanlı Devleti fethetmeden önce var olan, fetihler ile Osmanlı topraklarına dahil olan kilise vakıfları ve Osmanlı Devleti döneminde kurulan kilise vakıfları olmak üzere ikiye ayrılmaktadır⁵³.

Osmanlı Devleti genellikle Bizans topraklarını fethettiği için Osmanlı Devleti kurulmadan önce var olan Gayrimüslim vakıfları, Bizans döneminde kurulmuş olan vakıflardır. Haliyle bu vakıflar, kilise-manastır gibi mabetlerin adına kurulmuş olan vakıflardır. Bizans İmparatorluğu döneminde kilise ve havra adına vakıf kurmak ve bu vakıflara mal vakfetmek önemli bir faaliyet olarak kabul edilmektedir. Bizans imparatorluğunun kurucusu olan Kostantinos zamanında yapılmış olan ittifaklardan dolayı kiliseler olağanüstü mülk sahibi olmuşlardır. Kiliselerin vakıf benzeri fiiller sonucunda elde ettiği mülk o kadar artmıştır ki Bizans İmparatorluğu gelir sıkıntısı çekmeye başlamıştır ve Nikhephoros Phokas (963-969) döneminde çıkardığı düzenleme ile kilise, manastır, ruhani reislerin mülk edinimi ve gereksiz kilise, manastır yapımını yasaklamıştır⁵⁴. Fetihler ile Osmanlı hakimiyetine giren Bizans topraklardaki kiliselerin söz edilen olağanüstü bu mülkleri Osmanlı'nın toprakları elde edilmiş şekline göre aşağıda açıklanacağı üzere kısmen korunabilmiştir. Buna göre;

Osmanlı Devleti'nde kilise ve havraların hukuki durumu Devletin bu mabetlerin bulunduğu şehirleri ele geçiriliş şekillerine göre değişmekteydi. Buna göre Gayrimüslimler tarafından kurulmuş bir şehir barış yoluyla ele geçirildiğinde Osmanlı'nın uyguladığı "mabetlerin dokunulmazlığı ilkesi" gereğince mabetlerin statüsü değiştirilmemekteydi. Bu şehirlerde yeniden mabet kurulup kurulamayacağı yapılan barış anlaşmalarıyla belirlenmekteydi. Bununla birlikte Gayrimüslimlerin kurduğu şehirler, savaş yoluyla ele geçirildiğinde; şehirdeki mabetler dokunulmazlık ilkesi gereği tahrip edilmezdi ve hukuki statüsü aynen korunurdu. Ancak savaş yoluyla ele geçirilmiş şehirlerdeki mabetlerin, devlet başkanı tarafından cami ya da meskene dönüştürme hakkı saklıydı ve genellikle yeniden mabet inşalarına izin verilmemekteydi⁵⁵. Müslümanların kurduğu şehirlerde ise şehir, hangi yolla elde edilmiş olursa olsun yeniden kilise ve havra inşasına icma ile sabit olmak üzere izin verilmemekteydi⁵⁶. Anlaşılabacağı üzere fetihlerden önce kurulan Gayrimüslim mabetlerinin hukuki statüsünde değişiklik olmamaktaydı ancak bu mabetlerin sahip olduğu mülkler devlete geçmekteydi ve mabetlerin bu mülkler üzerindeki hakları yalnızca kullanım tasarrufları ile sınırlı kalmaktaydı⁵⁷. Bu bakımdan fethedilen topraklardaki kilise ve manastırların vakıf benzeri fiiller yoluyla elde ettikleri mülklerden yararlanmalarının devam ettiği; ancak bu malların mülkiyetlerinin Bey'tül Mal'a ait olduğunu söylemek gerekir.

Osmanlı Devleti kurulduktan sonra kurulan Gayrimüslim kilise vakıfları, sayı olarak Osmanlı Devletinden önce kurulan vakıf benzeri kurumlardan daha azdır⁵⁸. Çünkü Osmanlı vakıf hukukuna göre bir Gayrimüslimin, Beytül Makdis, Gayrimüslim fakir ya da benzeri hayır çevreleri adına vakıf kurması ya da bu amaçla kurulmuş bir vakfa bağışta bulunması herhangi bir sınırlama

⁵³ Ceyhan, s. 141.

⁵⁴ Akman, s. 95-96; Ceyhan, s. 141.

⁵⁵ Akman, Mehmet, "Kilise ve Havraların İslâm-Osmanlı Hukuk Tarihindeki Yeri", *İLAM Araştırma Dergisi* S. 2, C. I, 1996, s. 134; Koyuncu, 2017, s. 42.

⁵⁶ Akman, 1996, s. 135, Koyuncu, 2017, s. 42.

⁵⁷ Ceyhan, s. 142; Koyuncu, 2017, s. 44.

⁵⁸ Ceyhan, s. 145-146.

tabi değil iken; bir cami, kilise, havra ya da bunların tamir ve inşası adına, İncil ve Tevrat adına vakıf kurmasına ya da bu amaçlı vakıflara bağışta bulunmasına izin verilmemektedir⁵⁹.

Gayrimüslimlerin doğrudan mabetler adına vakıf kurmaları, İslam hukukunda dolayısıyla Osmanlı Devleti'nde uygun görülmemesine rağmen Gayrimüslimlerin mabetler adına vakıf kurması, kendi dinlerine göre ibadet olarak kabul edilebileceği ve kurulan vakıfların geçerliliğinin olabileceği Ebu Hanife ve bazı Hanbeli ve Maliki alimler tarafından ileri sürülmüştür. Buna bağlı olarak Osmanlı Devleti'nde bazen mabet yapımı için vakıfların kurulduğu ve bu vakıflara ait gayrimenkul ve eşyaların dokunulmazlığının kabul edildiği görülmüştür⁶⁰. Ayrıca Osmanlı Devleti'nde her ne kadar mabetler adına doğrudan vakıf kurulamayacağı kabul edilmiş olsa da Gayrimüslimlere yönelik bu sınırlandırmaların önü bir hukuki hile ile açılmıştır. Özellikle Ebusuud'un "*manastıra vakfetmeyip, gelen giden fukarâya vakf edicek aslâ dahl olunmaz*" şeklindeki fetvası bu probleme teknik bir çözüm getirmiştir⁶¹. Buna göre bir gayrimüslimin kilise ve havra adına kurduğu vakfın ya da buralara yaptığı bağışının geçerli olabilmesi için kilise fukarasının da bu bağıştan yararlanması şart koşulmuştur⁶². Böylece dini amaçlar taşıyan gayrimüslim vakıflarına ehli ve aile vakfı statüsü kazandırılarak hukuksal bir kimlik bahşedilmiştir⁶³. Gayrimüslimlerin mabetler adına vakıf kurmasının önü yukarıdaki hukuki teknikler kullanılarak açılmaya çalışılmasına rağmen nadir de olsa doğrudan mabetler adına hatta keşişler adına vakıf kurulduğu tespit edilmiştir. Örneğin 1623 yılında bir gayrimüslimin arazi ve değirmenini doğrudan Athonite Manastırına vakfettiği ifade edilmektedir ve Kesendire Kadısı da bu bağışı onaylamıştır. Ancak genellikle bu gibi vakıfların sonu da devlet tarafından müsadere edilmek olmuştur⁶⁴.

Osmanlı Devleti'nde Gayrimüslimlere yönelik vakıf hukukunun Gayrimüslimler tarafından ihlal edildiğinin tek örneği, doğrudan Athonite Manastırı adına kaydedilen vakıf değildir. Gayrimüslimler, kilise, havra ve İncil gibi dinleri için kutsal sayılanlar adına doğrudan vakıf kuramamaktaydı ve İslam hukukunda tüzel kişilik kurumu düzenlenmediğinden, cemaatleri adına da vakıf kuramıyorlardı. Bu sebeple, Gayrimüslimler, taşınmazlarını yalnızca kendi dinlerine göre hayır kurumu sayılan yerlere bağışlayabilmek için güvendikleri kişiler adına "nam-

⁵⁹ Akgündüz, s. 173; Yıldız, 2019, s. 149; Korkmazer, s. 40; Koyuncu, 2017, s. 35; "...memâlik-i mahrûs[e]lerimde olan kiliseler vakfı için müftî-i zamândan istiftâ olundukta zimîler tasarruf etdikleri tarlaları ve çayırları ve mülk bağ ve bağçelerin (2) ve değirmenlerin ve evlerin ve dükkânların kiliselerine vakf etmek aslâ sahîh olmak ihtimâli yokdur cinâyet-i 'azîmdir alınmak lâzımdır kuzât vakfı ye verirler ise ol dahi kat 'â (3) sahîh değildir vakıfları ve yâhud vârisleri hayâtda ise mülkeridir alurlar tasarruf ederler mîrî cânibine hukûk-i şer 'iyye ve 'örfiyelerin verirler eğer vakıfları ve vârisleri hayâtda değil ise cümle (4) beytü 'l-mâle 'â 'iddir alınub bahâları ile tâlib olanlara bey' olunmak vâcibdir eğer mezkûrlar emlâk-i sahîha-i mezkûrelerin kiliselerine vakf itmiş olmayup ruhbânlarına, fukarâlarına ve yâhud (5) köprülere ve çeşmelerine vakf etdiler ise ve kuzât vakfiyetlerine sıhhat üzre hükm edüb sicill-i sahîh etdiler ise sahîhdür şer 'idir ellerinden alınmaz şerâ 'it-i mezbûre üzre tasarruf edüb (6) bir birinin bî-kusur hukûk-ı şer 'iyyesin ve 'ö rfiyesin verirler deyü fetva verdiler imdi kazâ -yı mezbûrda kilise vakfı olmayub keferenin ve ruhbânların kendü mülkleri olan yerlerine dahi olunmak câ 'iz değildir (7) kilise vakfı ismiyle tasarruf olunan yerler bu bâbda verilen fetvâ-yı şerife muccebince ellerinden alınub tapu ile âhara verilüb il verdiği tapu ile 'öşr ve rüsûmun vermek şartı ile girü kendüler (8) kabul ederler ise verilüp ve mukâta'aları fesh olunub 'öşrü ve resimleri alınmasın emr edüb..." fetvalar için Bkz. Kermeli, s. 171.

⁶⁰ Koyuncu, 2014, s. 65-66.

⁶¹ Yıldız, 2019, s. 152.

⁶² Akgündüz, s. 173; Yıldız, 2019, s. 149; Korkmazer, s. 40.

⁶³ Yıldız, 2019, s. 152.

⁶⁴ Yıldız, 2019, s. 153.

ı müstear” şeklinde ya da normalde var olmayan tarihi, dini şahıslar adına “nam-ı mevhum” olarak kaydettirmektedirler⁶⁵. Bu şekilde yapılan kayıtlar, her ne kadar İslam hukukuna göre bir vakıf olarak kabul edilmese de bağıştan yararlananlar açısından bir vakıf mahiyetindedir.

Osmanlı Devleti'nden önce kilise, manastır gibi mabetler yararına kurulmuş olan vakıfların yönetimi ile Osmanlı Devleti döneminde şahıslar adına kurulmuş olan Gayrimüslim vakıflarının yönetimi birbirinden farklılık arz etmektedir. Buna göre mabetler adına kurulmuş olan vakıflar, hangi din ya da mezhebe mensupsa onun patriği tarafından idare edilmiştir. Bu durum patrik beratlarının atamalarında açıkça ifade edilmiştir⁶⁶. Şahıslar adına kurulmuş olan vakıflar ise vakfedenin kendisi, kendi soyundan gelenler ve akrabaları ya da vakfedenin mensubu olduğu cemaatin papaz ya da patriği tarafından idare edilmiştir. Şahıslar adına kurulan vakıfların idarecisinin kimler olacağı vakfiyelerle belirlenmiştir⁶⁷. Mabetler adına kurulmuş olan vakıflar ile şahıslar adına kurulmuş olan vakıfların idaresi her ne kadar özerk olsa da vakıf mallarının satım ve kira akitleri İslam hukukundaki vakıf hükümlerine uygun olarak yapılması gerekmektedir⁶⁸. Buna göre Gayrimüslimlerin kurduğu vakıflar kadılar tarafından tescil edilmekteydi ve vakıflarla ilgili davalar şer'iyeye mahkemelerinde kadılar tarafından çözülmekteydi⁶⁹. Bunun sebebi, bir Gayrimüslimin ibadet yerine ait vakfın, bir Müslüman tarafından kiralanabilmesi ya da Müslümanların ibadet yerine ait vakfın, Gayrimüslime kiraya verilmesidir. Bu durum Gayrimüslim vakıf mallarının idaresine ve sözleşme hürriyetine getirilen bir sınırlama olarak değerlendirilebilir. Ancak bu çok zoraki bir değerlendirme olacaktır. Çünkü çağdaşları arasında kendi içindeki azınlık unsurlarına vakıf kurma hakkı yönünden bu kadar geniş haklar tanıyan bir başka devlet neredeyse yoktur.

Osmanlı Devleti'nde Gayrimüslimlerin vakıf kurma hakkının, vakıf faaliyetleri yönüyle sınırlandırıldığı söylenebilir. Buna göre Osmanlı'da Gayrimüslimlerin hayri ve sosyal amaçlı vakıflar kurmalarına izin verilmesine rağmen bir kilise ya da havra gibi mabet inşasını yapmak amacıyla ya da bir dinin propagandasını yapmak ve dini kitapların basılmasına hizmet etmek amacıyla vakıfların kurulmasını yasaklanmıştır⁷⁰. Bu durumda Osmanlı Devleti, Gayrimüslim

⁶⁵ Koyuncu, 2017, s. 34-35.

⁶⁶ “...ve kadîmden kendü âyîn-i bâtılaları üzre kiliselerine müte'allik bağ ve bahçe ve çiftlik ve değirmen ve tarla ve çayır ve biyût ve dekâkin ve eşcâr-ı müsmire ve gayr-ı müsmirelerine ve ayazma ve manastırlarına ve sâir bunun emsâli kiliseye vakf olan eşyâ ve davarlarına bundan evvel Kuds-i Şerif patriği olanlar ne vechle zabt u tasarruf idegemişler ise mesfûr rahib dahi ol minvâl üzre zabt u tasarruf eyleyüb kasr-ı yed iden mesfûr ve sâir ehl-i 'örf tâifesi taraflarından ve taraf-ı âherden hiç ferd vechen mine'l-vücûh ve sebebin mine'l-esbâb mânî' ve müzâhim olmayub dahl u ta'arruz kılmayalar.” Bkz. Ceyhan, s. 154-155; Patrik atamaları hakkında ayrıntılı bilgi için ayrıca Bkz. İhsan Satış, İhsan ve Ceyhan, Muhammed, “The Ottoman Berats of the Greek Orthodox Patriarch of Jerusalem (1872-1931)”, *Journal of Holy Land and Palestine Studies*, C. 14, S. 2, 2015, s. 189-201.

⁶⁷ Ceyhan, s. 177.

⁶⁸ Halaçoğlu, s. 98; Ceyhan, s. 159-166; Osmanlı vakıf hukuku ve tatbikatına göre vakfın irade beyanı ya da vakfın lüzumuna karar verilmesi halinde kadı tarafından vakfın tescili yapılmaktadır ve vakfın bağlayıcılığı bu saatten itibaren başlamaktadır. Yani bu saatten sonra vakıf işlemi bozulmamakta ve vakıftan dönülemezdir. Bu sayede vakfedilen mal, dokunulmazlığını kazanmış olur, söz konusu mallar satılamaz, rehine konu olamaz, miras yoluyla alt kuşaklara aktarılamaz, iare akdine konu olamaz ve bağışlanamaz. Bkz. Akgündüz, s. 111-112.

⁶⁹ Koyuncu, 2014, s. 65; Koyuncu, 2017, s. 32.

⁷⁰ Mabetlerin inşası ve tamiri ile ilgili olan yasaklar, Islahat Fermanı hatta Islahat Fermanı ilan edilmeden önceki geçiş dönemine kadar katı bir şekilde korunmuştur. Yoksa Islahat Fermanı ilan edilmeden önceki geçiş döneminde ve devamı Islahat, Tanzimat ve Kanunu Esasi dönemlerinde de mabetlerin inşası bildirim şart koşulmasıyla serbest bırakılmıştır ve neredeyse Gayrimüslimler hanelerini bile kilise haline getirmelerine izin verilmiştir ayrıntılı bilgi için Bkz. Koyuncu, 2014, s. 145-146.

vakıfları, amaç yönüyle sınırlandırmış olmaktadır⁷¹. Ayrıca Osmanlı Devleti'nde vakıf kurma hakkı, vakfedilen malın cinsi yönüyle de sınırlandırılmıştır. Buna göre Gayrimüslim, vakıf kurmak amacıyla, arazi, bağ, bahçe gibi işlenebilir topraklarını vakfedemezdi⁷².

Osmanlı Devleti'nde Gayrimüslimlerin vakıf kurma hakkının yukarıda sayıldığı şekilde sınırlandırılmasının birden çok sebebi vardır. Örneğin yalnızca mabetler adına vakıf kurulmasının ya da bağışta bulunulmasının yasak olmasının en önemli sebeplerinden birisi, Osmanlı Devleti, topraklarında Bizans döneminde olduğu gibi güçlü ve bağımsız bir kilisenin var olmasının önüne geçilmek istenmesidir⁷³. Diğer en önemli sebep ise İslam hukukuna göre vakıfların geçerli olmasında aranan kurbet şartının gerçekleşmesidir. Şöyle ki bir Gayrimüslim yalnızca mabet adına vakıf kurduğunda kendi dini adına kurbet şartını gerçekleştirdiği halde İslam dini adına kurbet şartı gerçekleşmeyecektir. Bu sebeple yalnızca mabetlerin değil; mabetlerle birlikte kilisenin fakir fukarasının da vakıftan yararlananlar arasında zikredilmesi şart koşulmuştur⁷⁴.

Osmanlı Devleti'nde Gayrimüslimler, vakıf kurma hakkına yukarıda belirtilen sınırlar dahilinde neredeyse Müslümanlar gibi sahip olmuşlardır. Ancak bu durum, 1816 tarihine kadar sürmüştür. Çünkü bu tarihte Divan-ı Hümayun, Esbak Şeyhü'l İslam Dürriade Abdullah Efendi'nin verdiği bir fetva üzerine manastır ve kilise fukarası için yalnızca nakit para vakfedileceğine karar vermiştir. Yani 1816 tarihinden itibaren Gayrimüslimlerin, dükkân, bahçe, tarla, çiftlik gibi gayrimenkul gelirlerinin kilise ve havra gibi mabetlerinin fukarası için vakıf yoluyla bağışlamaları yasaklanmıştır ve bu yasaklama, 1912 tarihinde çıkarılan "Kanunu Muvakkat" e kadar devam etmiştir⁷⁵.

Kısaca özetlemek gerekirse Osmanlı öncesinde kurulmuş olan ve kilise, manastır, havra gibi mabetlerin yararına sunulmuş olan Gayrimüslim vakıfları, Osmanlı Devleti'nde de aynen geçerliliğini devam ettirmiştir. Ancak mabedin yararına sunulmuş olan vakıf mallarının mülkiyeti mabede değil; devlete ait olmuştur. Ayrıca Osmanlı Devleti'nde yeni kurulacak olan Gayrimüslim vakıfların, aile üyeleri adına bir Gayrimüslim ya da Müslüman kimsenin adına ya da mensubu olduğu dinin mabedinin fakir fukarası adına yapılabilir iken; mabedin adına yapılması yasaklanmıştır⁷⁶. Buna göre Gayrimüslimlerin vakıf kurma hakları bağlamında vakfın unsurları

⁷¹ Ayhan İzmirli, Lale, "Çözülemeyen Problem; Cemaat(Azınlık) Vakıflarının Taşınmaz Mal Edinmesi", *TASEM Akademi Dergisi*, S. 5, 2018, s. 101; Ancak Osmanlı'nın klasik döneminde şehir dışında bulunan köylerde ve adalarda mabed inşasına herhangi bir yasaklama getirilmemiştir. Bkz. Koyuncu, 2014, s. 105.

⁷² Koyuncu, 2014, s. 65; "Mes'ele: Ba'zı zimmiller bir manastır râhibleri olduklarında, mezbûrların ellerinde olan mülk davarların ve bağların ve bağçelerin ve değirmenlerin il kâtibi mezbûrların ellerinden alub yine mezbûrlara bey' edüb, mezbûr zikr olunan emlâki mezbûr manastırın fukarâsına ve âyende ve revendesine vakf eylese ba'de zamânin mezbûr vakfa şer'an hâriçten kimse dahle kâdir olur mu? Elcevap: Vakf ettikleri davar ve bağ ve bağçe ve değirmen ve dükkân makûlesinden olub, manastıra vakf etmeyüb, gelen giden fukarâya vakf edecek aslâ dahl olunmaz. Tarlalar ve mezra'alar ise asla vakfa kabil değildir. Amma anı dahi mirîden tapuya alub "râhibler tasarruf edüb sâir re'âyâ gibi cemî' hükûkunu verdik- ten sonra kimse dahl etmeye. Râhipler fevt oldukta, yerinde kalanlar tasarruf edeler" deyu deftere kayd oli- cak ana dahi dahl olunmaz, vakf adına olmayacak." Ebu Suud Efendinin konu ile ilgili fetvası için Bkz. Kermeli, s. 174.

⁷³ Kermeli, s. 166; Ceyhan, s. 175; Korkmazer, s. 43; Koyuncu, 2017, s. 33.

⁷⁴ Üçok/ Mumcu/ Bozkurt, s. 126; Kermeli, s. 172; Osmanlı döneminde vakıfların kilise adına kurulmasının sınırlandırıldığı bilgisine katılmayan bu sınırlandırmanın mabetlere vakfedilen mala mirasçıların müdahalesinin engellenmesi için yalnızca birkaç defalığına yapıldığını ve bunun da patrik tarafından talep edildiğini savunan görüş için ayrıca Bkz. Kenanoğlu, 2017, s. 333; 340.

⁷⁵ Koyuncu, 2014, s. 66.

⁷⁶ Kermeli, s. 168.

arasında yer alan mevkufun aleyh yani vakıftan kimlerin yararlanacağını belirleme noktasında bir sınırlama söz konusudur. Ancak Osmanlı'nın son dönemlerinde yaşanan bazı gelişmeler, bu sınırlandırmaların haklılığını ortaya çıkarmaktadır⁷⁷.

SONUÇ

Osmanlı Devleti, çok uzun yıllar geniş topraklarda farklı dinlere sahip insanlarla bir arada yaşamış, hoşgörülü ve güçlü bir devlettir. Devlet yönetimine hâkim olan ilkeleri, İslam hukuku kuralları çerçevelendirilmiştir. Haliyle devlet sınırlandırılmasını öngören temel hak ve hürriyetlerin sınırını da İslam hukuku belirlemiştir. Buna göre Osmanlı Devleti, Müslüman-Gayrimüslim ayrımı yapmaksızın tebaasının doğuştan gelen bir takım temel hak ve hürriyetlerinin olduğunu kabul etmiştir. Bu haklardan en önemlisi ise vakıf kurma hakkıdır.

Vakıflar, Osmanlı Devleti döneminde birçok faaliyetin öncülüğünü yapmıştır. Osmanlı Devleti, kamu hizmeti faaliyetini, kurulmasına müsaade ettiği ya da geçmişte kurulmuş ve Osmanlıda da halihazırda varlığını sürdüren vakıflar eliyle yerine getirmiştir. Bu sayede Osmanlıda vakıflar, eğitim ve öğretim, sağlık, güvenlik, ulaşım, dini ve hayri işlerin görüldüğü, toplum ve kültür hayatında önemli rolleri üstelenen bir hayır kurumu haline gelmiştir. Günümüzde vakıfların bu işlevlerinin yerini bazı devlet faaliyetleri aldığı için vakıf kurma hakkı, eski önemine haiz olmasa da Osmanlı Devleti'nde vakıf kurma hakkı en az bir ifade hürriyeti, konut dokunulmazlığı hakkı ya da ibadet hürriyeti gibi önemli bir haktır. Haliyle böyle bir haktan sınırlandırılmaksızın yararlanmak tüm Osmanlı tebaasının vazgeçilmez bir isteğidir.

Osmanlı Devleti, vakıf kurma hakkını tebaasında herkese tanımıştır. Ancak Gayrimüslimlerin vakıf kurma hakkı, İslam hukuku ilkeleri çerçevesinde birtakım sınırlandırılmalara tabi tutulmuştur. Buna göre Osmanlı Devleti Gayrimüslim vakıfları vakıftan yararlananlar kimler olacağı, vakfın amacı, vakfa konu olan malın cinsi yönünden sınırlandırmıştır. Bu sınırlandırmalar, Osmanlı Devleti'ni merkeziyetçi ve otoriter bir devlet gibi göstermektedir. Ancak bu sınırlandırmalar, vakıfların Osmanlı dönemindeki etkinliği ve özerkliği göz önünde bulundurulduğunda, devlet güvenliği ve devletin devamı; yaygınlığı göz önünde bulundurulduğunda ise devletin toprak mülkiyetini koruması açısından hayati öneme sahiptir. Osmanlı Devleti, bünyesinde barındırdığı milletler için vakıf kurma hakkının ve kurulan vakfın devamının kıymetli bir hak olduğunu öngördüğünden dolayı merkeziyetçi ve otoriter yönetim anlayışına rağmen vakıflara fazlasıyla müsamahakâr bir tutum içinde olmuştur. Tüm bunlar bize göstermektedir ki Osmanlı Devleti'nin Gayrimüslimlere tanımış olduğu vakıf kurma hakkı, Osmanlı'nın Gayrimüslimlere karşı izlemiş olduğu hoşgörü politikasının en güzel tezahürüdür.

⁷⁷ 18. Yüzyılda Rum Ortodoks Patrikhanesi sahip olduğu geniş yetkileri kullanmış ve Rum milletçiliğini ön plana çıkaran faaliyetlerde bulunmuştur. Patrikhane Rus desteğini de yanına alarak Etnik-i Eteryâ, Mavro-Mira, Pontus Rum gibi bölücü teşkilatların kurulmasına öncülük etmiştir. Bkz. Ayber, s. 39; İngiltere, 1839 Tanzimat Fermanı ve 1856 yılında Islahat Fermanı ile getirilmiş olan düzenlemelerden yararlanarak Osmanlı Devleti'nin millet olarak kabul ettiği Protestanları kullanarak Osmanlı Devleti içinde misyonerlik faaliyetleri yürütmüştür. Protestanlar bu faaliyetleri daha çok okul, hastane gibi vakıf kurumlarda yerine getirmiştir. Bkz. Doğan, s. 67.

KAYNAKÇA

- AKBULUT, İlhan, “Vakıf Kurumu, Mahiyeti ve Tarihi Gelişimi”, *Vakıflar Dergisi*, C. 30, 2007, ss. 61–72.
- AKGÜNDÜZ, Ahmet, *İslam Hukukunda ve Osmanlı Tatbikatında Vakıf Müessesesi*, Türk Tarih Kurumu Basım Evi, Ankara, 1988.
- AKMAN, Ahmet, “Eski Vakıflar Hukuku Bağlamında Vakıf Müessesesi ve Günümüzdeki Etkileri”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 2, S. 26, 2018, ss. 189–224.
- AKMAN, Ahmet, *Eski Vakıflar Hukuku ve İdaresi*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.
- AKMAN, Mehmet, “Kilise ve Havraların İslâm-Osmanlı Hukuk Tarihindeki Yeri”, *İLAM Araştırma Dergisi* S. 2, C. I, 1996.
- ALKAN, Mustafa, “Azınlık Vakıfları (Tarihî Arkaplanı, Hukukî Yapısı ve İç Analizi)”, *Gazi Akademik Bakış*, C. 2, S. 4, 2009, ss. 93–111.
- ARAL, Berdal, “The Idea of Human Rights as Perceived in the Ottoman Empire”, *Human Rights Quarterly*, C. 26, 2004, ss. 454–82, <https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/hurq26&id=464&div=24&collection=usjournals>, Erişim Tarihi: 05.11.2021.
- ARMAĞAN, Servet, *İslam Hukukunda Temel Hak ve Hürriyetler*, Diyanet İşleri Başkanlığı, Ankara, 1992.
- AY, Nuran, “Osmanlı Devletinde Merkezîyetçilik Prensibi ve Hukuk Sistemine Etkileri”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 10, S. 1–2, 2002, ss. 131–163.
- AYBAY, Rona, *İnsan Hakları Hukuku*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2015.
- AYBER, Bahar, *Tanzimat'tan Lozan'a Türkiyede Azınlık Hakları*, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Anayasa Bilim Dalı Basılmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2008.
- AYDIN, M. Akif, *Türk Hukuk Tarihi*, Beta Basım, Yayım, Dağıtım A.Ş., İstanbul, 2009.
- AYHAN İZMİRLİ, Lale, “Çözölemeyen Problem; Cemaat(Azınlık) Vakıflarının Taşınmaz Mal Edinmesi”, *TASEM Akademi Dergisi*, S. 5, 2018, ss. 97–135.
- AYKANT, Mehmet, *Osmanlı Sosyal Güvenlik Hukukunda Temel Kurumlar*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.
- BAŞAR KOÇ, Cansu, “Osmanlı Millet Sisteminden Ulusa Geçiş”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 23, S. 1, 2017, ss. 195–231.
- BASHİR, Sobia and Amen IMRAN, “Legal System of Ottoman Empire”, *Journal of Law and Society (University of Peshawar)*, C. 42, S. 59–60, 2012, ss. 99–110, <https://heinonline.org/HOL/Print?collection=journals&handle=hein.journals/jlsup42&id=102>, Erişim Tarihi: 05.11.2021.
- BERKİ, Ali Himmet, “İslamda Vakıf, Zağanus Paşa ve Zevcesi Nefise Hatun Vakfiyeleri”, içinde *Vakıf Hukuku Yazıları Ali Himmet Berki*, ed. Hüseyin ÇINAR, Ankara: Vakıflar Genel Müdürlüğü Yayınları, 2013, ss. 47–80.
- BERKİ, Ali Himmet, “Hukuki ve İctimai Bakımdan Vakıf”, içinde *Vakıf Hukuku Yazıları Ali Himmet Berki*, ed. Hüseyin ÇINAR, Ankara: Vakıflar Genel Müdürlüğü Yayınları, 2013, ss. 81–86.
- BERKİ, Ali Himmet, “Vakıfların Tarihi, Mahiyeti, İnkişafı ve Tekâmülü, Cemiyet ve Fertlere Sağladığı Faydeler”, *Vakıflar Dergisi*, C. 6, S. 6, 1965, ss. 9–13.

BİLGİÇ, Veysel K., “Osmanlı Devleti’nde Azınlıklar”, *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, S. 21, 2013, ss. 339–354, http://isamveri.org/pdfdrq/D02533/2013_21/2013_21_BILGICV.pdf, Erişim Tarihi: 05.11.2021.

BOZKURT, Gülnihal, *Alman İngiliz Belgelerinin Işığı Altında Gayrimüslim Osmanlı Vatandaşlarının Hukuki Durumu (1839-1914)*, Türk Tarih Kurumu Basımevi, Ankara, 1996.

BOZKURT, Gülnihal, *Gayrimüslim Osmanlı Vatandaşlarının Hukuki Durumu (1839-1914)*, Türk Tarih Kurumu Basımevi, Ankara, 1996.

BOZKURT, Gülnihal, “İslam Hukukunda Zimmilerin Hukuki Statüleri”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* C. 3, S. 1–4, 1987, ss. 115–156.

BOZKURT, Gülnihal, “Türk Hukuk Tarihinde Azınlıklar”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 43, S. 1–4, 1993, ss. 49–59.

CEYHAN, Muhammed, *Osmanlı Devleti’nde Gayri Müslimlerin Mülk ve Vakıf Edinimi (18. Yüzyıl)*, Ankara: Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Tarih (Yeniçağ Tarihi) Anabilim Dalı Basılmamış Doktora Tezi, Ankara, 2016.

ÇİLİNGİR, Hamdi, *Haneî Vakıf Hukukunda Gaye Unsuru*, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Temel İslam Bilimleri İslam Hukuku Anabilim Dalı Basılmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2014.

CİN, Halil ve AKGÜNDÜZ, Ahmet, *Türk İslam Hukuk Tarihi*, Timaş Basım Ticaret ve Sanayi Anonim Şirketi, İstanbul, 1990.

CİN, Halil ve AKYILMAZ, S. Gül, *Türk Hukuk Tarihi*, Konya: Sayram Yayınları, 2009.

ÇUÇAK, Muhammed, *Osmanlı Hukukunda Azınlıkların İbadet Hakkı*, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Temel İslam Bilimleri Anabilim Dalı Basılmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2015.

DEMİR, Mustafa ve Tufan TURAN, “Türkiye Selçuklu Ve Osmanlı Tecrübesinde Gayr-i Müslim Kimliği”, *Akademik İncelemeler Dergisi*, C. 2, S. 1, 2014, ss. 189–213.

DOĞAN, Hüseyin, “XIX. Yüzyılda Osmanlı Devletinde Temel Hak ve Hürriyetler Açısından Canik (Samsun) Ermenileri”, *Kafkas Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, C. 5, S. 9, 2018, ss. 66–78, <https://0310f26cj-y-https-web-s-ebsohost-com.erbakan.proxy.deepknowledge.io/ehost/pdfviewer/pdfviewer?vid=5&sid=7760dcab-fb84-4679-9da7-720883901e04%40redis>, Erişim Tarihi: 05.11.2021

ERCAN, Yavuz, *Osmanlı Yönetiminde Gayrimüslimler Kuruluştan Tanzimat’a Kadar Sosyal, Ekonomik ve Hukuki Durumları*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2001.

ERYILMAZ, Bilal, *Osmanlı Devletinde Gayrimüslim Tebanın Yönetimi*, Risale Yayınları, İstanbul, 1990.

GÖZLER, Kemal, *İnsan Hakları Hukukuna Giriş*, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2017.

GÖZLER, Kemal, *Türk Anayasa Hukuku*, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2019.

GÜLLÜ, Ramazan Erhan, “Osmanlı Devleti’nde Azınlık Var mıydı? Osmanlı Devleti’nin Gayrimüslim Vatandaşlarının 19. Yüzyılda Değişen Hukuki Statüleri Hakkında Bir Değerlendirme”, *bilig-Türk Dünyası Sosyal Bilimler Dergisi*, S. 95, 2020, ss. 149–74, doi:10.12995/BILIG.9507, Erişim Tarihi: 05.11.2021.

GÜNERİ, Hasan, “Azınlık Vakıflarının İncelenmesi”, *Vakıflar Dergisi*, C. 10, 2006, ss. 79–108.

GÜNERİ, Hasan, *Türk Medeni Kanunu Açısından Vakıfta Amaç Kavramı ve Amacına Göre Vakıf Türleri*, Sevinç Matbaası, Ankara, 1976.

GÜNEŞ, Mehmet, “Osmanlı Devleti’nin Gayrimüslim Tebaaya Yaklaşımında Dönemsel Değişimler”, *Tarih ve Gelecek Dergisi*, C. 3, S. 3, 2017, ss. 12–26, Erişim Tarihi: 05.11.2021.

HALAÇOĞLU, Yusuf, "Osmanlılarda Vakıf Müessesesi", *Vakıf Haftası Dergisi*, C. 1, 1984, ss. 98–99.

IŞIK, Alper, *Türkiye'de Ulus-Devlet ve Gayri Müslim Azınlık*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık A.Ş., 2016.

KAYA, M. Yaşar, *Osmanlı Hukukunda ve Osmanlı Tatbikatında Aile Vakıfları*, Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Temel İslam Bilimleri Anabilim Dalı İslam Hukuku Bilim Dalı Basılmamış Doktora Tezi, Bursa, 2017.

KENANOĞLU, M. Macit, *Osmanlı Devletinde Millet Sistemi ve Gayrimüslimlerin Hukuki Statüleri(1453-1856)*, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Basılmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2001.

KENANOĞLU, M. Macit, *Osmanlı Millet Sistemi Mit ve Gerçek*, Klasik Yayınları, İstanbul, 2017.

KERMELİ, Eugene, "Ebû's-Su'ûd'a Göre Kilise Vakıfları Osmanlı Hukukundaki Teori ve Pratiği", *Vakıflar Dergisi*, C. 34, S. 34, 2010, ss. 165–175.

KONAN, Belkıs, "İnsan Hakları ve Temel Özgürlükler Açısından Osmanlı Devletine Bakış", *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 15, S. 4, 2011, ss. 253–88.

KORKMAZER, Sıddık, "Osmanlı Kıbrıs'ında Gayrimüslim ve Kilise Vakıfları", *ATABE Dini Araştırmalar Dergisi*, C. 1, S. 5, 2021, ss. 35–57, <https://asosindex.com.tr/index.jsp?modul=journal-page&journal-id=135>, Erişim Tarihi: 05.11.2021.

KOYUNCU, Nuran, *Osmanlı Devleti'nde Gayrimüslimlerin Din ve Vicdan Hürriyetleri Bağlamında Mabetlerin Hukuki Statüsü*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014.

KOYUNCU, Nuran, "Kilise Vakıfları" içinde *Türk Anayasa Hukukunun Güncel Sorunları*, ed. Ferhat Uslu, Beşköprü Yayınları, Sakarya, 2017.

KUMAŞ, Mehmet Salih, *Çok Hukuklu Sistem ve İslam Hukukundaki Yeri*, Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Temel İslam Bilimleri Anabilim Dalı İslam Hukuku Bilim Dalı Basılmamış Doktora Tezi, Bursa, 2007.

OKUR GÜMRÜKÇÜOĞLU, Saliha, "İstanbul Kadı Sicillerine Göre Gayr-i Müslimlerin Sosyal Ve Hukuki Konumları(XVI VE XVII Yüzyıllar)", *İhya Uluslararası İslam Araştırmaları Dergisi*, C. 4, S. 2, 2018, ss. 241–60, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/512889>, Erişim Tarihi: 05.11.2021.

ONAR, Sıddık Sami, *İdare Hukukunun Umumi Esasları C.II*, İsmail Akgün Yayınları, İstanbul, 1966.

ORTAYLI, İlber, "Osmanlılar'da Millet Sistemi", içinde *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*, İslam Araştırmaları Merkezi, 2005, C. 30, ss. 66–70.

SATIŞ, İhsan, Muhammed CEYHAN, "The Ottoman Berats of the Greek Orthodox Patrarch of Jerusalem (1872-1931)", *Journal of Holy Land and Palestine Studies*, C. 14, S. 2, 2015, ss. 189–201, https://www.researchgate.net/publication/283776701_The_Ottoman_Berats_of_the_Greek_Orthodox_Patrarch_of_Jerusalem_1872-1931 Erişim Tarihi: 05.11.2021.

ŞENSOY, Fatma, *Osmanlı İmparatorluğu'nda Çocuğa ve Kadına Hizmet Veren Sosyal ve Ekonomik Boyutu*, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü İktisat Anabilim Dalı İktisat Tarihi Bilim Dalı Basılmamış Doktora Tezi, İstanbul, 1994.

ŞENTÜRK, Recep, "İslam'da Azınlık Hakları: Zimmiden Vatandaşa", *İnsan Hakları Araştırmaları*, C. 4, S. 6, 2006, ss. 43–70.

TEBER, Ömer Faruk, "Osmanlı Toplumunda Sosyal Kurum Olarak Vakıf Kurumu Ve İşleyişi", *Dini Araştırmalar Dergisi*, C. 4, S. 12, 2002, ss. 197–205.

TÖKEL, Arif, "Ottoman Human Rights Practice: A Model of Legal Pluralism", *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, C. 2, 2016, ss. 201–220.

ÜÇOK, Çoşkun/ MUMCU, Ahmet/ BOZKURT, Gülnihal, *Türk Hukuk Tarihi*, Savaş Yayınevi, Ankara, 1996.

VİNGAS, Pandeli Laki, “Osmanlıdan Günümüze Cemaat Vakıfları: Cemaatlerin Yeni Yönetim Anlayışında Vakıfların Rolü ve Geleceği”, *Balkanlarda Osmanlı Vakıfları ve Eserleri Uluslararası Sempozyumu*, Vakıflar Genel Müdürlüğü, 2012, ss. 47–50.

YEDİYILDIZ, Bahaeddin, “Vakıf: Tarih”, içinde *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*, İslam Araştırmaları Merkezi, Ankara, 2003, ss. 479–486.

YILDIZ, Kenan, “Aykırı Vakıflar: Osmanlıda Fukarâ-yı Müslimîni de Gözeten Gayrimüslim Vakıfları”, *Osmanlı Araştırmaları*, S. 54, C. 54, 2019, 141–198.

YILDIZ, Özgür, *Osmanlı Devleti'nde Sosyal Hayat*, Pegem Akademi, Ankara, 2021.

YÜKSEL, Hasan, “Vakfiye: Türk ve Osmanlı Tarihi”, içinde *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*, İslam Araştırmaları Merkezi, Ankara, 2012, ss. 467–469.

Kubbealtı Sözlüğü, <http://lugatim.com/s/fıkıh>, Erişim Tarihi: 02.11.2021.

Milli Güvenlik Kavramı ve Kavramın Türkiye’de Hukuksallaşması Süreci*

Uğur ARSLAN 

Dr., Avukat, Ankara, avarslanugur@gmail.com (Sorumlu Yazar / Corresponding Author)

| Makale Bilgileri | ÖZ |
|---|---|
| Makale Geçmişi Geliş: 13.10.2021 Kabul: 08.05.2022 Yayın: 11.05.2022 | Bugünkü Millî Güvenlik Kurulunun selefi mahiyetindeki Yüksek Müdafaa Meclisi 24 Nisan 1933 gün ve 14443 sayılı Kararname ile; 10 Ağustos 1933 günü çıkarılan 14819 sayılı Kararnameyle de Yüksek Müdafaa Meclisi Umumi Kâtipliği ihdas olunmuştur. “Devlet işlerinin en başında gelen topyekûn Millî Savunma görevlerini yerine getirmek üzere” 30 Mayıs 1949 tarihinde Millî Savunma Yüksek Kurulu kurulmuş ve Kurul Yüksek Müdafaa Meclisinin yerini almıştır. Anayasal olarak “millî güvenlik” kavramı ise ilk defa 1961 Anayasası ile mümkün olabilmıştır. Temel hak ve hürriyetlerin kısıtlanması bakımından 1961 Anayasası’na kıyasla 1982 Anayasası’nda millî güvenlik kavramı savunma ve güvenlik konularını aşacak biçimde genişleyerek yer almıştır. 1982 Anayasası’nın 118. maddesi gereği 1 Kasım 1983 gün ve 2945 sayılı Millî Güvenlik Kurulu ve Millî Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliği Kanunu ile Millî Güvenlik Kurulu kurulmuş ve 2017 yılında yapılan Anayasa değişikliği Kurul bugünkü yapısına kavuşmuştur. |

The Concept of National Security and The Legalization Process of The Concept in Turkey

| Article Info | ABSTRACT |
|--|---|
| Article History Received: 13.10.2021 Accepted: 08.05.2022 Published: 11.05.2022 | The Supreme Defense Council, which is the predecessor of the current National Security Council, with the Decree No. 14443 of April 24, 1933; With the Decree No. 14819 issued on 10 August 1933, the General Secretary of the High Defense Council was established. The National Defense Supreme Council was established on 30 May 1949 and took the place of the High Defense Council. Constitutionally, the concept of "national security" became possible for the first time with the 1961 Constitution. In terms of restriction of fundamental rights and freedoms, the concept of national security was included in the 1982 Constitution by expanding beyond the defense and security issues compared to the 1961 Constitution. In accordance with Article 118 of the 1982 Constitution, the National Security Council was established on November 1, 1983 and with the Law No. 2945 of the National Security Council and the General Secretariat of the National Security Council, and the Constitutional amendment made in 2017 gained its current structure. |
| Keywords: Security, National Security, Constitution, National Security Council | |

Atıf/Citation: Arslan, U. (2022). Millî Güvenlik Kavramı ve Kavramın Türkiye’de Hukuksallaşması Süreci, *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 5(1), 183-212.

Plagiarism: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. // This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.



“This article is licensed under a [Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/). (CC BY-NC 4.0)”

* Bu çalışma yazarın doktora tezinden üretilmiştir.

GİRİŞ

I. Dünya Savaşı sonrası Cemiyet-i Akvam ile beraber kolektif güvenlik sistemi fikrî ortaya atılmış ama bu düşünce hayata geçirilememiştir. Güvenlik kavramına kolektif güvenlik anlamında yer veren ikinci önemli gelişme ise Birleşmiş Milletler Antlaşması’nın kabulüdür. Gerçekten, bu Antlaşma ile savaşın meşru bir araç olmadığı, anlaşmazlıkların barışçıl yollarla çözülmesi gerektiği, (md. 2) sadece meşru müdafaa durumunda devletlerin kuvvet kullanabileceği (md. 51), meşru müdafaa haricinde ise kuvvet kullanımına BM Güvenlik Konseyinin karar verebileceği benimsenmiştir (md. 42). Türkiye de BM Antlaşması’na imza koyan ilk 51 devletten bir tanesidir.

II. Dünya Savaşı’nı müteakiben ABD’nin uluslararası ilişkiler disiplinindeki hegemonyası “ulusal güvenlik” kavramı ve anlayışını küresel ölçüğe yaymıştır.¹ II. Dünya Savaşı’ndan Soğuk Savaş döneminin sonuna kadar güvenlik ve askerî güvenlik konuları ile ilgilenen bilim insanları 1980’lere kadar çoğunlukla devlet merkezli ve askerî yaklaşım çerçevesinde bu kavramı dar, devletçi ve militarist bir bakış açısıyla ele almışlardır. Bu dönemde güvenlik devletlerin yıkılmasını önlemek ve iç savaşa engel olmak yani beka anlamında devlet merkezli olarak kullanılmıştır.²

ABD’de millî güvenlik kavramından ilk kez ABD Dışişleri Bakanlığı Müsteşarı *J. Reuben Clark* 1928 yılında Monroe Doktrini üzerine yazdığı bir muhtıradan bahsedilmiştir. ABD eski başkanlarından *Roosevelt* 1934’te bir konuşmasında yine güvenlik kavramından bahsetmiştir. 1945 yılında ise Başkan *Truman* Millî Savunma Konseyi kurulması fikrini ortaya atmış müteakiben de Millî Güvenlik Kanunu (National Security Act) 1947 yılında yürürlüğe girmiştir. Kanun’un amacı, “millî güvenlik ile ilgili devletin çeşitli örgüt ve birimleri için bütünleştirilmiş politikalar ve usuller sağlamak” olarak belirtilmiştir.³ Dolayısıyla “savunma” kavramının yerini daha kapsayıcı, popüler ve güncel bir içeriğe sahip olan “güvenlik” kavramı almıştır. Üstelik güvenlik tek başına değil, başına “millîlik” vurgusu eklenerek kullanılmış bu sayede kavramın halka dönük yönü öne çıkarılmıştır.⁴ Dolayısıyla daha geniş kapsamlı olması ve millî güvenliğin sadece devletin iç ve dış güvenliğini değil, aynı zamanda devletin millî güvenlik politikalarını da kapsamasından dolayı

¹ Tunç Hasan-Döner Ayhan. “MGK ve Milli Güvenlik Kavramı”, Selçuk Üniversitesi MYO Sosyal Bilimler Dergisi, Sayı 1, 1998, s. 6.

² Buzan, s. 27; Booth, Ken. “Security And Self Reflections of A Fallen Realist”, *Critical Approaches to Security Studies*, York University, Toronto, 12-14 Mayıs 1994, s. 17; Tuncay Kardeş, “Güvenlik”, *Uluslararası İlişkilere Giriş*, Ed. Kardeş, Şaban– Balcı, Ali. İstanbul, Küre, 2015, s. 340.

³ Ulusal Güvenlik Kanunu (National Security Act): Temmuz 1947’de, II. Dünya Savaşı’nı ardından ABD silahlı kuvvetlerinin yapısını yeniden düzenleyen Harry S. Truman Ulusal Güvenlik Kanunu ile ülkenin askerî yapısını denetlemek için Savunma Bakanlığı Ofisi ve Ulusal Güvenlik Konseyi (UGK) bünyesinde her bir kuvvet için ayrı bölümler kurmuştur. Kanun, ordunun, Merkezi İstihbarat Ajansı (CIA) gibi ulusal güvenlikle ilgili diğer devlet kurumları ile koordinasyonunu sağlamakla beraber ulusal istihbarat meseleleriyle ilgili Başkanlık ve Kongre denetimini de sağlamıştır. Kanunla eski Savaş Bakanlığı Savunma Bakanlığına dönüşmüş ve kuvvet komutanlıklarını tek çatı altında birleştirerek faaliyetlerinin daha etkin ve ekonomik icrası ile komutanlıkların koordinasyonda ve komutada eşgüdüm ve kolaylık sağlanması hedeflenmiştir. Ulusal Güvenlik Kanunu, ülkenin güvenlik varlıklarının koordinasyonunda yardımcı olmak için UGK’yı da kurmuştur. UGK, Başkan, Başkan yardımcısı, ulusal güvenlik danışmanı, Devlet Sekreteri, Savunma Sekreteri ve Senato tarafından onaylanan diğer atanmaları içermektedir. Kanun’a göre, UGK ayrıca, ulusal güvenlik tehditlerini ele almak için daha küçük alt komiteleri de yönetir. Bkz. Akgüner, Tayfun, 1961 Anayasası’na Göre Milli Güvenlik Kavramı ve Milli Güvenlik Kurulu, İstanbul, 1983, s. 181; Britannica Ansiklopedisi, <https://www.britannica.com/topic/National-Security-Act>, E.T. 30.08.2020.

⁴ Yavuz Yayla Ebru. “Basın Özgürlüğü ve Millî Güvenlik Kapsamında Sınırları”, Doktora Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2019, s. 5.

“devlet güvenliği” yerine “millî güvenlik” kavramı tercih edilmiştir. Nitekim 1950’lerde Amerika Birleşik Devletleri’ndeki “ulusal güvenlik” teriminin kökenleri yabancı bir düşmanın savaş tehdidinin bertaraf edilmesiyle çerçevelenmiş olsa da sonrasında bu kavram suç faaliyetlerini, terörizmi ve göçü içerecek şekilde genişletilmiştir.

II. Dünya Savaşı sonrası yürürlüğe sokulan uluslararası sözleşmelerde de milli/ulusal güvenlik kavramının benimsendiğini ve hatta temel hak ve özgürlüklerin kısıtlamasında bir araç olarak kullanılmakta olduğu görülmektedir. Örneğin; AİHS (1950) md. 10, “BM Mültecilerin Hukukî Durumuna Dair Sözleşme” (1951) md. 28, 32; BM “Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi” (1966) md. 12,13,14, 18; ve BM “Ekonomik Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi” (1966) md. 8; AB “Maastricht Antlaşması” (1992) md. J.1. bu kabildendir. Söz konusu metinlerde millî güvenlik, genellikle hakların sınırlama nedeni olarak yer almış ve ulusal mevzuatlar da bahse konu değişime ayak uydurmuştur.

XX. yüzyılın son çeyreğinden itibaren Çin gibi bazı ülkelerin ekonomik ve askeri olarak yükselişleri, Afrika kıtasından ve Ortadoğu ve Uzak Doğu ülkelerinden Batılı ilkelere doğru oluşan göç dalgası ve mülteci sorunu, milliyetçiliğin yükselişi gibi gelişmeler Berlin Duvarı’nın yıkılması ve SSCB’nin dağılması ile tepe noktasına ulaşan küresel liberal demokratik düzeni sarsan olaylar olarak öne çıkmaktadır. Gerçekten de Doğu Bloku’nun çöküşü Fukuyama’nın da ifade ettiği üzere, Batı medeniyetinin mutlak zaferi ve “Tarihin Sonu” olarak görülmüş artık Batıya karşı koyabilecek hiçbir gücün kalmadığı şeklinde yorumlara sebep olmuş,⁵ buna bağlı olarak Soğuk Savaş Dönemi güvenlik anlayışı terk edilerek güvenlik kavramı başka bir hüviyete bürünmüştür. Devletin güvenliği yerine bireyi merkezine alan kişi güvenliği, toplum güvenliği ve çevre güvenliği anlayışı öne çıkmış ve fakat ılımlı olarak nitelendirilebilecek bu dönem 11 Eylül Dünya Ticaret Merkezi saldırıları ardından Afganistan’ın işgali ve II. Körfez Savaşı nedeniyle çok da uzun sürmemiştir. Anılan gelişmeler ve 2008 yılı küresel ekonomik bunalımının da etkisiyle Batı dünyası mülteci sorunu ile yüzleşmek zorunda kalmış, bu olumsuzluklara salgın hastalıklar ve IŞİD’in yaptığı terör saldırıları eklenmiştir. Sayılan gelişmeler tüm dünyada ırkçılık ve milliyetçiliğin yükselmesine neden olmuş milliyetçi söylemi kullanan liderler ABD, Avusturya, Fransa, Macaristan, Ukrayna, İtalya ve Hollanda gibi ülkelerde önemli seçim başarılarına imza atmışlardır. Söz gelimi İngiltere’nin AB’den çıkışını ifade eden “Brexit” süreci için yapılan referandumda İngiliz Muhafazakâr Partisi bu milliyetçi söylemlere sıklıkla başvurmuş ve toplumun en azından bir bölümü AB’den ayrılma yönünde motive edilmiştir.

II. Dünya Savaşını takip eden süreçte Türkiye’nin Kore Savaşı dahil olması, Marshall Yardımları kapsamına alınması ve NATO’ya üye olması gibi gelişmelerle sıkılaştıran Türk Amerikan ilişkileri ulusal düzeyde gerek güvenlik bürokrasisi yapılanmasına gerekse de ilgili mevzuata yansımıştır. Yine de bu konuda 1949 ile 1961 arasında çok radikal değişiklikler yaşanmamış, eski alışkanlıklar bir müddet daha devam etmiştir. Konu ile ilgili kırılma noktası 1960 askeri darbesi ve 1961 Anayasası olmuştur. Bu dönemde milli güvenlik kavramı anayasal statü kazanmış MGK’nın siyasetteki ağırlığı artmıştır. Keza 1971 Anayasa değişikliği ve 1982 Anayasası da bu anlayışı devam ettirmiştir. Öyle ki 1982 Anayasası’nda temel hak ve hürriyetlerin

⁵ Pieterse, J. “Fukuyama, Liberal Democracy and the New World Order: Back to the End of History”, Itinerario, 16 (2), 1992, s. 9-22.

sınırlandırılması bakımından milli güvenlik kavramına selefine göre daha sık yer verdiği görülmektedir. 2003 yılı Anayasa değişikliğine kadar bu trend devam etmiştir. 2003 ve 2017 anayasa değişiklikleri MGK’nın sivilleştirilmesi yönünde önemli adımlar olmuştur. Bu çalışmada güvenliğin siyasi, ekonomik ve askeri yönünden ziyade hukuki yönüne, kavramın Türk anayasalarında ve diğer mevzuatta yer alması sürecine yer verilmeye çalışılmıştır. Nitekim, Türk literatüründe daha çok MGK’nın siyasetle ilişkisi bağlamında güvenlik kavramının incelendiği, uluslararası ilişkiler disiplininde ise realizm, liberalizm, Marksizm ve feminizm gibi teoriler bağlamında güvenlik kavramının ele alındığı, konunun hukuki yönünün çok da dikkat çekmediği görülmektedir. Bu nedenle bu çalışmada güvenlik- siyaset, güvenlik-uluslararası ilişkiler ekseninde bahse konu kavram hukuki boyutu ile ele alınmıştır. Çalışmada Türkiye’deki milli güvenlik bürokrasisinin oluşumuna yer verilmediği takdirde konunun bir tarafının eksik kalacağı düşüncesiyle, yer yer siyasi gelişmelerin güvenlik kavramının şekillenmesindeki etkileri de gösterilmiştir

I. TANIM OLARAK GÜVENLİK VE MİLLİ GÜVENLİK KAVRAMLARI

A. Güvenlik Kavramı

Güvenlik, uluslararası ilişkiler disiplininde çokça tartışılan ve farklı anlayışların ortaya çıktığı bir konudur. Kavramın doğası, üzerinde uzlaşılmış genel bir tanım yapılmasına mukavemet etmektedir.⁶ Bu bağlamda her görüşün farklı bir güvenlik tanımı vardır. Örneğin, Liberalizm’e göre güvenlik devletin her türlü müdahalesine karşı bireysel hak ve hürriyetlerin savunulması; realizme göre ise, sürekli savaşın egemen olduğu anarşik bir dünya düzeninde güç maksimizasyonu, idealizme göre savaş durumunun reddi, Kopenhag Okulu’na göre, toplum inşası için kullanılan bir araç anlamına gelir.⁷

Doktrinde güvenlik kavramı dar ve geniş olmak üzere iki farklı başlıkta tanımlanmıştır.⁸ Güvenliğin dar tanımı devletin maddi yetenekleri ve askerî güçleri üzerinde yoğunlaşmıştır.⁹ Dar anlamda güvenlik millî varlığın ve millî menfaatlerin muhafazası ve askerî savunmadan ibaret olan bir kavramdır.¹⁰ Bir başka deyişle güvenlik gücün bir fonksiyonudur. Nitekim güvenliği dar anlamda kabul eden realist bakış açısı büyük ölçüde güç konusuna odaklanmıştır.¹¹ Çünkü güç tehditleri bertaraf edebilen çıkarların temini sağlayan ve değerleri muhafaza eden niteliğiyle güvenliğin başlıca vasıtası olmaktadır.¹² Geniş anlamda güvenlik ise eldeki değerlerin korunmasını ifade eder. Bu tanım, nesnel olarak edinilmiş değerlere yönelik tehditlerin; öznel

⁶ Buzan, Barry. *İnsanlar, Devletler & Korku*, Çev. Ed. Emre Çıtak, 2. Basımdan Çev. İstanbul, Röle Akademik Yayıncılık, 2015, s. 35.

⁷ Dedeoğlu, Beril. *Uluslararası Güvenlik ve Strateji*, 3. Baskı. İstanbul, YeniYüzyıl Yayınları, 2014, s. 56 vd.

⁸ Özdağ, Ümit. “Devlet Yönetiminde İstihbarat ve Karşı İstihbarat”, *Millî Güvenlik Teorisi*, 1. Baskı, Ankara, Kripto, 2015, s. 7.

⁹ Katzenstein Peter J. *Millî Güvenlik Kültürü, Dünya Siyasetinde Normlar ve Kimlik*, Çev. İbrahim Efe, 1. Basım Sakarya, Sakarya Üniversitesi Kültür Yayınları, 2014, s. 22.

¹⁰ Yalçın, Hasan Basri. *Ulusal Güvenlik Stratejisi*, 1.Baskı, İstanbul, Seta, 2017, s. 59.

¹¹ Buzan, s. 29.

¹² Varlık, Ali Bilgin. “Ulusal Güvenlik”, *Millî Güvenlik Teorisi*, (Ed. Ümit Özdağ), 1. Baskı, Ankara, Kripto, 2015, s. 16.

olarak ise edinilmiş değerlere yönelik tehdit korkusunun yokluğu biçiminde objektif ve sübjektif unsurları kapsamaktadır.¹³

Doktrinde güvenlik tehlikede olmama hali, emin ve rahat olma, emniyet olarak tarif edilmiştir.¹⁴ Bir başka tarife göre ise, güvenlik, “*toplum yaşamında kanunî düzenin aksamadan yürütülmesi, kişilerin korkusuzca yaşayabilmesi durumu, emniyet; Devlet olarak örgütlenen bir toplumun düzen ve güvenirlilik içinde bulunması durumu*” şeklinde tanımlanmıştır.¹⁵

Millî güvenlik kavramının taşıdığı anlam zamana göre değişen bir mahiyet arz ettiği için kavram hukukî veya bilimsel olmaktan çok aslında bir retoriktir.¹⁶ Bu nedenle güvenlik kavramının tanımı üzerinde ekseriyetle uzlaşılan fikir, kavramın belirsizliği olmuştur. Bir kısım yazar ise kavramın aşırı *askerileştirilmiş* olduğu inancındadır. Olumsuz bir diğer bakış açısına göre kavram bilimsel bir değeri olmaktan ziyade “*politik bir araç*”tır. Bu fikre göre, kavram kavramsal olarak zayıf fakat siyaseten güçlü olmasından dolayı üzerinde potansiyel bir tehlike barındırmaktadır. Bu bağlamda kavramın indirgemeci (devlet merkezli), aktör merkezli (devlet), dar odaklı olduğu ve araçsal olduğu savunulmuştur.¹⁷ Kavramın bu şekilde algılanmasının ve ele alınmasının en belirleyici nedeni ise Soğuk Savaş döneminin şartlarıdır. Soğuk Savaş yılları iki kutuplu uluslararası sistem arasında (NATO-Varşova Paktı) sert ideolojik mücadele ile geçmiştir. Bu dönemde dünya siyaseti iki kutba ayrılmış ve nükleer silahların yıkıcılığı nedeniyle merkezde (ABD-SSCB) sıcak çatışmadan kaçınılan ama çevrede ise konvansiyonel yöntemlerle ideolojik mücadeleye sahne olmuştur (Kore Savaşı, Vietnam Savaşı gibi). Bu mücadele ortamı içinde doğal olarak güvenlik kavramı, realist felsefenin de etkisiyle, çıkara, güç maksimizasyonuna ve rekabete endeksli bir kavram olarak devletler arası güç yarışı, hayatta kalma meselesi olarak değerlendirilmiştir.

1990’lardan itibaren ise güvenlik daha çok muhatap ya da referans özne olarak bireyi, sivil toplum örgütlerini ve uluslararası örgütleri dikkate almıştır. Birleşmiş Milletler (BM) 1994 İnsani Gelişim Raporu’nda “*insan güvenliği*” kavramına yer vermiştir. Anılan raporda BM, güvenliği; normal vatandaşların karşılaştığı günlük sorunlardan, bir başka deyişle açlık, salgın hastalık, işsizlik, siyasî baskı ve çevresel tehditlerden uzak kalma olarak yeniden tanımlamıştır.¹⁸ Bu yeni anlayış Uluslararası Ceza Mahkemesi, Kara Mayınlarının Yasaklanması, Avrupa Güvenlik İşbirliği Teşkilatı, Avrupa Birliği Ortak Dış ve Güvenlik Politikası, Avrupa Güvenlik ve Savunma Politikası gibi araçların oluşumu ile somutlaşmıştır.¹⁹

¹³ Wolfers, Arnold. “National Security as an Ambiguous Symbol”, *Political Science Quarterly*, C. 67, S. 4, 1952, s. 481-502.

¹⁴ *Örnekleleriyle Türkçe Sözlük*, Millî Eğitim Yayınları, İstanbul, 2000. s. 1081.

¹⁵ TDK Sözlükleri, Güncel Türkçe Sözlük, <https://sozluk.gov.tr/>, E. T. 02.02.2020.

¹⁶ Aybay, Rona. “Millî Güvenlik Kavramı ve Millî Güvenlik Kurulu”, *Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, C. 33, S. 1, 1978, s. 60; Benzer biçimde Bülent Tanör, *Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri*, 32. Bası, İstanbul, Yapı-Kredi Yayınları, 2019, s. 417; Ümit Güveyi, *Millî Güvenlik*, 1. Baskı, Ankara, Seçkin, 2016, s. 37.

¹⁷ Wolfers, s. 150; Buzan, s. 28.

¹⁸ 1994 yılında Birleşmiş Milletlerin yıllık yayını olan İnsani Gelişim Raporu’nda milli güvenliğin yanı sıra, ekonomik güvenlik, gıda güvenliği, tıbbi güvenlik, çevre güvenliği, kişisel güvenlik, toplum güvenliği ve politik güvenlik kavramlarında da söz edilmektedir. Bkz. BM Kalkınma Programı, <http://www.tr.undp.org/content/turkey/tr/home/library/national-hdrs/nhdr-1994.html>, E. T. 15.02.2020.

¹⁹ Balcı, Ali – Kardaş, Şaban. *Uluslararası İlişkilere Giriş*, 4. Baskı, Ankara, Küre, 2014, s. 338.

Tehditler değiştikçe güvenliğe verilen anlam da değişmektedir.²⁰ Bu meyanda güvenlik artık devletler arası düzlemde değil, bireyler ya da grup düzleminde de ele alınmaya başlanmıştır. Yeni güvenlik anlayışında asıl olan dost-düşman ayrımının muğlaklaşması ve tehditlerin öngörülemezliğidir.²¹ Zira artık konvansiyonel savaflara daha az rastlanır olmuş, daha çok terörizm, hibrit savaşlar, ekonomik buhranlar, iklim değişikliği, küresel ısınma ve göç sorunları güvenlik tehditleri olarak ön olana çıkmıştır.²² Güvenlik denilince salt devletin güvenliğinden ziyade kişisel güvenlik, toplum güvenliği, siber güvenlik, ekonomi güvenliği ve bilgi güvenliği gibi başlıklar gündeme gelmiştir.²³ Artık daha çok mülteciler, salgın hastalıklar, sınır anlaşmazlıkları, terörizm, siber saldırılar, ekonomik spekülasyonlar, gıda güvenliği, suç örgütleri, iklim değişiklikleri, çevre güvenliği gibi konular da güvenlik ajandasına dahil olmuştur. Bir başka deyişle devletin güvenliği yerine bireyin vatandaşın güvenliği artık ön plandadır.²⁴ Anayasa Mahkemesi (AYM) de 2008 yılındaki bir kararında sınır güvenliği, dış tehditler, insan ve uyuşturucu kaçakçılığı ve terörizm gibi farklılaşan tehditlerden bahsetmiştir.²⁵

XXI. yüzyılın başında özellikle 11 Eylül Dünya Ticaret Merkezi terör saldırısından sonra istikrarsızlıklar, terörizm, uluslararası rekabet, etnik ve dini ve çatışmalar, sınır sorunları konvansiyonel güvenlik anlayışından uzaklaşmayı kaçınılmaz hale getirmiştir. Büyük terör olayları devletlerin güvenlik eğilimlerini geleneksel bağlamından koparmış ve onları güvenlikçi politikalar inşa etmeye yöneltmiştir. Bu politikalar, tehdit algılamasına göre, devletten devlete değişse de temel de aslında benzerlikler göstermektedir. Örneğin devletlerin terörle mücadele kanunlarının revizesi/yeni düzenlemelerin hayata geçirilmesi (2000/520/EC sayılı AB Güvenli Liman Anlaşması ve USA Patriot Act (2001) gibi), kişisel verileri toplama, kolluk güçlerinin kaynağını artırma, kapasite inşası, istihbarat kurumlarının internet üzerindeki çeşitli bilgilere erişebilmeleri için erişim sağlayıcı şirketleri arka kapılar oluşturmaya zorlaması, hukukî düzenlemeler, göç ve vize prosedürlerinin sıkılaştırılması, otoriterleşme, devletin etkinliğini artırma vs. bu kabildendir.²⁶ Bütün bunlar yapılırken özgürlük alanının daralması kaçınılmazdır.

²⁰ Nye, Joseph S.- Welch, David A. *Küresel Çatışmayı ve İşbirliğini Anlamak Kurama ve Tarihe Giriş*, İş Bankası Kültür Yayınları, V. Basım, İstanbul, 2018, s. 20.

²¹ Paker, Evren Balta. *Küresel Güvenlik Kompleksi/Uluslararası Siyaset ve Güvenlik*, 1.Baskı, İstanbul, İletişim Yayıncılık, 2012, s. 124.

²² Güvenliğin kapsamı askerî konuların dışına doğru genişledikçe güvenliğin temel muhataplarının da devletten bireye doğru derinleştiği kavramın bilimselliğini kaybettiği savunulmuştur. Tek sorun bilimsellik kaybı değil aynı zamanda güvenlik temelli düşünme ve hareket etmenin siyaset kurumunu işlevsiz bırakması hatta toplumları paranoya noktasına getirme tehlikesi de taşınmasıdır. Bkz. Kardeş-Balçı, s. 341.

²³ Eleştirel bir görüş olarak, Kapitalizmden güvenlik kavramının da nasibini aldığı ve güvensizlik paranoyasının suni olarak üretildiği ifade edilmiştir. Bu düşünceye göre, aslında güvensiz bir dünya, sistemin bize dayattığı bir nevi algı yönetimidir. Bu belirsizlik nedeniyle hemen her şey bir güvenlik metama dönüştürülebilir. (Balta Paker, s. 123,139.)

²⁴ Yalçın, s. 61; Ünver, H. A. “Dijital Gözetleme, Millî güvenlik ve Özel Hayatın Gizliliği Siyaseti”, *Siber Politikalar ve Dijital Demokrasi*, 2018/4, Ekonomi ve Dış Politika Araştırma Merkezi, İstanbul, 2018, s. 9.

²⁵ “Türkiye’nin bölgesel ve küresel platformlarda etkin olması, ulusal birlik ve beraberliğini, üniter yapısını güçlendiren bir etkiye sahiptir. Küreselleşmenin bütün dengeleri altüst ettiği bir dünyada millî güvenlik, ulusal sınırların ötesinde başlamaktadır. Türkiye’nin sınır güvenliğinden dış tehditlere, insan ve uyuşturucu kaçakçılığından terörizme kadar pek çok kronik soruna çözüm bulması bir ‘ileri cephe siyaseti’ izlemesiyle mümkündür. Nitekim Türkiye’nin bu alanlarda attığı adımlar, geliştirdiği yaklaşımlar ve politikalar, sadece Türkiye’nin bölgedeki ve dünyadaki itibarını arttırmamış, aynı zamanda Türkiye’nin ulusal güvenliğini güçlendirmiş ve terörizmle mücadelesindeki haklı konumunu bütün dünya kamuoyuna anlatmasını sağlamıştır.” Bkz. AYM, 30.7.2008, 2008/1 E, 2008/2 K.

²⁶ Yalçın, s. 42.

11 Eylül’den sonra başlayan ve Arap Baharı’ndan sonra iyice artan mülteci krizi, ekonomik kriz, güvenlikçi politikaları savunan sağ milliyetçi siyasî partilerin oy oranlarındaki sıçrama gibi gelişmeler artık güvenlik-özgürlük dengesinin güvenlik lehine bozulmasına neden olmuştur. Burada Demokratik ülkelerle otoriter ülkeler arasındaki fark, güvenlik politikalarına ağırlık verilmesine rağmen güvenlik politikalarına yönelik kamuoyu rızası için çalışan çeşitli denetim mekanizmalarının devreye girip girmemesi veyahut bu mekanizmanın hiç olup olmaması şeklinde ortaya çıkmıştır.

B. Millî Güvenlik

1. Genel Olarak

Türkiye’de millî güvenlik konusunda yaşanan idarî ve hukukî gelişmeler ve değişimlerde Batı ülkeleri örnek alınmıştır. Tabii bu gelişmelerde Türkiye’nin iç ve dış siyasetinde yaşanan olaylar, devletin bekası düşüncesi ve millî güvenlik konusundaki hassasiyet kavramının serencamında belirleyici etkenler olmuştur. *Tanör*, Türkiye’deki millî güvenlik literatürünün idari ve hukuk sistemine entegrasyonunu Brezilya’da 1964, Pakistan’da 1984, Bangladeş’te 1982 ve Güney Kore’de 1980 yılında meydana gelen askerî darbe ile gündeme gelen “*Ulusal Güvenlik Doktrini*” kavramına bağlamaktadır. Ona göre, Ulusal Güvenlik Doktrini ABD’nin ulusal çıkarları ve hegemonyasının kurulması için kullanılan etkili bir argümandı. Bu sayede 3. dünya ülkelerindeki sadece siyasal muhalefet etkisizleştirilmekle yetinilmemiş, aynı zamanda bu ülkelerdeki demokratik kültürün zayıflığından dolayı ideolojik ve kurumsal kültür askerleştirilmiştir. Milliyetçilik yüceltilerek ve Liberalizm’den uzaklaşılarak olağanüstü yönetim usulleri olağan hale getirilmiştir. Bu durumun diğer çıktıları ise özgürlük alanının daraltılması, yargısal güvencelerin ortadan kalkması, polis devleti uygulamaların artması ve düşman hukuku uygulamalarıdır. Böylece anayasalardaki demokrasi, hukuk devleti gibi prensipler jeo-stratejik bir mahiyete dönüşmektedirler.²⁷

2. Tanım

Millî güvenlik kavramının hukukî alanda etkisi özellikle temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasında karşımıza çıkar. Daha XX. yüzyılın ikinci yarısının başlarında savaş sonrası dünyada oluşan reel-politik anlayışın da etkisiyle, imzalanan BM İnsan Hakları Evrensel Beyanname, Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi gibi önemli insan hakları belgelerinde bazı temel hak ve özgürlüklere millî güvenlik nedeniyle kısıtlama getirebileceği düzenlemiştir.

Uluslararası ilişkiler disiplinin incelediği güvenlik kavramının ulus devlet düzeyindeki yansıması millî güveniktir. Burada korunması gereken sadece siyasî egemenlik, fiziksel beka, asgari kapasite ve ekonomik kaynaklar değil, aynı zamanda anayasal düzen ve demokratik kazanımlardır.²⁸ Söz konusu olan aynı zamanda ülkenin toplumsal, kültürel, çevresel ve benzeri

²⁷ Tanör, Bülent. *İki Anayasa 1961-1982*, 5. Baskıdan Tıpkı Basım, On İki Levha, İstanbul, 2019, s. 144, 145.

²⁸ “*Millî güvenlik, yalnızca askerî boyutuyla, ülkenin ve ulusun dışarıdan kaynaklanan fiziksel askerî saldırılardan korunmasını değil, içeriden kaynaklanıp mevcut Anayasal düzeni zorla değiştirmeye yönelik tehditlere karşı da korunmayı ve tehdit tehlikesine karşı gerekli ön tedbirleri almayı gerekli kılar.*” Bkz. Yargıtay 16. CD, 2018/2088 E, 2018/2728 K.

diğer konulardaki güvenliğidir. Tehdidin çeşidi, zamanı ve coğrafya gibi toplumdan topluma değişen hususlar her ülkenin kendi millî güvenlik politikalarına yön verir.²⁹

Bir tanıma göre millî güvenlik; “devletin bekasının ve refahının sağlanması bunlara yönelik tehdit ve risklere karşı gerekli tedbirlerin alınması, ortak kimlik ve değerlerin korunması suretiyle ulusal çıkarların gerçekleştirilmesi hali”³⁰ dir. Danıştay da bir kararında millî güvenliği “Yurt ölçüsünde beliren iç ve dış tehlikelere karşı devlet tüzel kişiliğinin savunma ve güvenlik altına alınması” şeklinde tanımlamıştır.³¹ AYM, farklı tarihlerde vermiş olduğu kararlarında “millî güvenlik” kavramına yer vermiştir. Örneğin, 1974 yılındaki kararında³² “millî güvenlik” ve “kamu düzeni” kavramlarının uygulayıcıların kişisel görüş ve anlayışlarına göre şekillenebilecek, başka bir deyişle, öznel ve keyfi yorumlara elverişli genel bir kavram mahiyetinde olduğunu, yine 1976 yılında vermiş olduğu bir başka kararda³³ ise millî güvenliğin “dış ve iç tehlikelere karşı devlet varlığının muhafazası” demek olduğunu belirtmiş, yakın tarihli bir kararında ise millî güvenlik kavramının; “uygulamada yerleşmiş, açıklık kazanmış, hukuk ve Anayasa diline girmiş” olduğunu ifade etmiştir.³⁴

Millî güvenlik bir ulusun dünyanın herhangi bir yerinde ulusal çıkarlarını başarılı bir şekilde izleyebilme becerisidir.³⁵ Ayrıca millî güvenliğin geleneksel savunma politikalarını içeren, bir devletin nüfuz elde etmek, hedeflerini sürdürebilmek ve siyasî bir teşekkül olarak varlığını devam ettirebilmek için askerî olmayan eylemlerine yönelik toplam kapasitesi olduğu da savunulmuştur.³⁶ Keza, millî güvenliğin mevcut veya muhtemel düşmanlıklara karşı, ulusun hayati değerlerinin korunması ve bunların genişletilebilmesi için arzu edilen ulusal ve ya uluslararası şartların oluşturulmasına matuf politikalar olduğu da ifade edilmiştir.³⁷ Akgüner’e göre millî güvenlik, devletin bağımsızlığı ülke bütünlüğü ve millet egemenliğinin milli veya uluslararası alanda gerçek veya yakın zamanda tehlikeye düşmesi durumunda Anayasa’nın belirlediği organlar tarafından devlet tüzel kişiliğinin muhafaza altına alınmasını yönelik faaliyetlerdir.³⁸ Duran’a göre

²⁹ Booth, Ken. “Security and Self: Reflections of a Fallen Realist”, Ed. Keith Krause – Michael C. Williams, London, 1997’den aktaran Varlık, s. 17.

³⁰ Varlık, “Ulusal Güvenlik”, s. 17.

³¹ “Millî güvenlik kavramını kesin sınırlarını belirleyecek bir hükme Anayasa ve kanunlarımızda yer verilmemiş bulunmaktadır. Sadece millî güvenlik kurulu genel Sekreterliği Yönetmeliğinin 3. Maddesinin (a) bendinde bu kavramın dışarıdan ve içeriden yapılabilecek her çeşit taarruzlara, bozguncu teşebbüslere tabii afetlere ve büyük yangınlara azimle karşı koyabilmek, devlet otoritesinin muhafaza ve devam ettirebilmek ve bir savaştan galip çıkabilmek için bütün millî kudret gayret ve faaliyetlerin tam olarak kullanılmalıdır. diye tarif olunmaktadır. Yönetmelikteki bu tarif ile organların uygulamaları ve doktrindeki görüşler de nazara alınarak millî güvenliği genel bir deyimle “Yurt ölçüsünde beliren iç ve dış tehlikelere karşı devlet tüzel kişiliğinin savunma ve güvenlik altına alınması” şeklinde tanımlanmanın mümkün olabileceği sonucuna varılmıştır. Şüphesiz iç ve dış tehlikeden hangilerinin millî güvenliğe ilişkin bulunduğunu tehlikenin kapsamı ve niteliğine ve meleğin içinde bulunduğu şartlara göre tayin ve takdir etmek gerekecektir.” Bkz. Danıştay 12. Daire, 1969/4097 E, 1970/426 K.

³² AYM, 25.4.1974, 1973/41 E, 1974/13 K.

³³ AYM, 10.2.1976, 1975/200 E, 1976/9 K.

³⁴ AYM, 4.12.2014, 2013/84 E, 2014/183 K.

³⁵ Thunberg-Hartland, Penelope, *National Economic Security: Inter Dependence and Vulnerability*, Ed. Frans A.M. Alting von Geusau–Jacques Pelkmans, Jonn F. Kennedy Institute, 1982, s. 50’den aktaran Buzan, s. 36.

³⁶ Louw, Michael H.H, *National Security*, ISS University of Pretoria, 1978’den aktaran Buzan, s. 36.

³⁷ Trager, F.N. – Kronenberg, P.S. “National Security and American Society”, Ed. Frank N. Trager- F.N. Simonie, An Introduction to the Study of National Security, Univesity Press of Kansas, 1973, s. 36’dan aktaran Buzan, s. 36.

³⁸ Akgüner, s. 96.

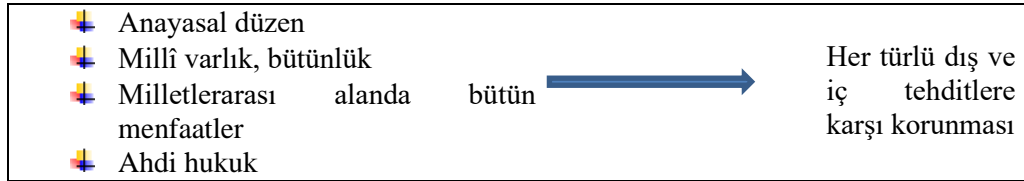
millî güvenlik dar anlamda millî savunmaya yönelik faaliyetleri geniş anlamda ise toplumsal hayattaki hemen tüm faaliyetleri ihtiva eden bir kavramdır.³⁹

Millî güvenlik, çeşitli toplumsal sistemlerin iç ve dış güvenlikleri tarafından belirlenir.⁴⁰ Millî güvenliğe yönelik algı kimin güvenliğin sağlanacağı ve tehdidin çeşidine göre topluma, zamana ve coğrafyaya göre farklılık gösterdiğini yukarıda belirtmiştik. Bir başka deyişle, güvenlik dinamik ve göreceli bir kavram olarak tezahür etmektedir. Üstelik aynı yapı içinde bile güvenlik algısı zaman içinde değişmektedir.

15/7/2018 tarihli Millî Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliğinin Teşkilat ve Görevleri Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi’nde de millî güvenlik kavramının tanımlandığı görülmektedir:

*“Devletin Anayasal düzeninin, millî varlığının, bütünlüğünün, milletlerarası alanda siyasî, sosyal, kültürel ve ekonomik dahil bütün menfaatlerinin ve ahdi hukukunun her türlü dış ve iç tehditlere karşı korunması ve kollanması...”*⁴¹

Tanımda millî güvenliğin korunması gereken unsurları olarak; *“Anayasal düzen”, “millî varlık-bütünlük”, “ahdi hukuk”, “milletlerarası alanda bütün menfaatler”* olarak sayılmıştır. Yukarıda belirttiğimiz Danıştay kararında da bu hususlar kısaca *“devlet tüzel kişiliği”* şeklinde ifade edilmiştir.



Tablo 1: Millî Güvenlik

Bu ahvalde millî güvenliği; devletin Anayasal düzeninin, millî varlığının, bütünlüğünün, millî menfaatlerinin ve ahdi hukukunun her türlü tehdiye karşı korunması, himaye edilmesi ve muhafazası şeklinde tanımlayabiliriz. Bu tanımdaki ifadelerin soyutluğu sınırlarının belli olmayışı/belirsizliği karşısında MGK’nın görev alanına girmeyen hemen hiçbir konunun kalmadığı, MGK’nın toplumsal yaşamın her alanına müdahalesinin mümkün olmasıyla özgürlük güvenlik dengesini özgürlükler aleyhine daraltıldığı söylenebilir.⁴²

C. Mukayeseli Hukukta Millî Güvenlik Kavramı

Mukayeseli hukukta gerek çeşitli anayasalarda gerekse de BM Çocuk Haklarına Dair Sözleşme gibi uluslararası belgelerde millî/ulusal güvenlik kavramına yer verildiği görülmektedir. Benzer biçimde Meksika, Kore Cumhuriyeti, Brezilya, Hırvatistan Güney Afrika Cumhuriyeti, Mısır gibi ülkelerin anayasalarında doğrudan doğruya millî güvenlik kavramına yer verilmiştir.

³⁹ Duran, Lütfi, *İdare Hukuku*, İstanbul, 1982, s. 129.

⁴⁰ Balazs, Jozsef. *A Note on the Interpretation, Development and Peace*, (6), 1985, s. 143-50’den aktaran Buzan, s. 36.

⁴¹ Bahsi geçen tanım ile 1963 tarihli Millî Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliği Yönetmeliği’ndeki tanım ve 9 Kasım 1983 tarih ve 2945 sayılı Millî Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliği Kanunu’ndaki tanım herhangi bir fark yoktur.

⁴² Sezer, s. 72; Tunç-Döner, s. 19.

Fransa hükümetinin 2008 yılında yayımlanmış olduğu Beyaz Kitap’ta millî güvenlik; “Fransa’nın millî güvenlik stratejisinin gayesi milletin varlığına yönelik her türlü risk ve tehdidi bertaraf etmek” olarak ifade edilmiştir.⁴³ 1958 Anayasası uyarınca kurulan Mili Savunma Yüksek Komitesi, 2009 yılına kadar savunma ve ulusal güvenlik konularında hükümete destek veren ve kurumlar arası koordinasyonu sağlayan bir kurum olarak görevini sürdürmüştür. Bu kurul yerini 2009 tarihinde yürürlüğe giren kanunla, üyelerinin Cumhurbaşkanı, Başbakan, dışişleri, içişleri, savunma, ekonomi ve hazine bakanlarından oluştuğu ve görevi savunma ve ulusal güvenlik konularında kamu politikalarını belirlemek olan Savunma ve Ulusal Güvenlik Kuruluna bırakmıştır.⁴⁴

Birleşik Krallık’ta ise 1989’da yürürlüğe giren Güvenlik Hizmetleri Kanunu (Security Service Act) md. 1’de ulusal güvenlik; “casusluk, terörizm ve sabotaj tehdidi, yabancı güçlerin ajanlarının faaliyetleri, parlamenter demokrasinin yıkılması ya da baltalanmasına yönelik eylemlerden veya şiddet içeren araçlardan korunma” olarak tanımlanmıştır. Ayrıca Birleşik Krallık’ın ekonomik refahını, Britanya Adaları dışındaki kişilere karşı tehditlere karşı korumak da ulusal güvenlik tanımına girmektedir.⁴⁵ Lordlar Kamarası da ulusal güvenliğe ilişkin bir tanım yapmıştır. Tanıma göre ulusal güvenlik; “demokrasinin, devletin kanunî ve Anayasal sistemlerinin, askerî Savunmanın korunması”dır.

Federal Almanya’da ulusal güvenlik kavramı Nazi Almanya’sından kalan kötü tarihi mirası çağrıştırdığı için “Federasyonun veya federal devletlerin çıkarlarının korunması” şeklinde milli güvenlik kavramı yerine kullanılmaktadır.⁴⁶ Federal Alman Anayasası md. 87/b’de ise Federal Güvenlik Konseyi düzenlenmiştir. Buna göre, Konseyin başkanı Savunma Bakanı diğer üyeleri ise dışişleri içişleri ve maliye bakanlarıdır. Gerekli görüldüğü takdirde diğer bakanlar da Konseye katılabilirler. Konseyin görevi, özellikle savaş zamanlarında, diğer kurum ve kuruluşlar ile silahlı kuvvetler arasındaki koordinasyonu sağlamaktır.⁴⁷

İspanya’daki meri mevzuatta ortak bir ulusal güvenlik kavramı veya tanımı yoktur. Yalnızca belirli kanunlarda kavrama yönelik dolaylı referanslar bulunmaktadır. Söz gelimi, 1968 tarihli Resmî Sırlar Kanunu (Ley 9/1968, de 5 de abril, Sobre Secretos Oficiales) ulusal güvenlik kavramı kapsamında İspanya’nın bağımsızlığı, toprak bütünlüğü, ulusal çıkarlar, hukukun üstünlüğü ve kurumlarının istikrarı olarak genel çerçeveyi çizmektedir.⁴⁸

İtalyan kanunlarında net bir ulusal güvenlik tanımı yapılmamıştır. Bununla birlikte, 13 Ağustos 2007 tarihli ve 25 Ağustos 2012’den beri yürürlükte olan Cumhuriyetin Güvenliği İçin Bilgi Sistemi ve Yeni Bir Gizlilik Disiplini (Legge 124/2007, Sistema di Informazione per la

⁴³ Güveyi, s. 30, 31.

⁴⁴ Torun, Abdullah. “Türkiye’de Ulusal Güvenliğin Yasal ve Kurumsal Mekanizması: Milli Güvenlik Kurulu”, İnönü Üniversitesi Uluslararası Sosyal Bilimler Dergisi, Cilt 6, Sayı 2, 2017, s. 63.

⁴⁵ Birleşik Krallık Mevzuat Sistemi, (<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1989/5/section/1>) E. T. 17.09.2020.

⁴⁶ Bigo, Didier – Carrera, Sergio – Hernanz, Nicholas – Scherre, Amandine, “Citizens Rights and Constitutional Affairs, Justice, Freedom and Security National Security and Secret Evidence in Legislation and Before the Courts: Exploring the Challenges”, European Parliament Directorate- General For Internal Policies Policy Department, Brussels, European Union, 2014, s. 32.

⁴⁷ Federal Almanya Anayasası, <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80207000.pdf>, E. T. 16.03.2022.

⁴⁸ Bigo vd, s. 32.

Sicurezza Della Repubblica e Nuova Disciplina del Segreto) başlıklı Kanun’da ulusal güvenlik; Cumhuriyetin bütünlüğü, Anayasal kurum ve kuruluşların savunulması, devletin diğer devletlere karşı bağımsızlığı kastedilmektedir.⁴⁹ Keza İtalya Anayasa Mahkemesi de kavramı devletin yüce menfaatlerine ve demokratik toplumu korumaya yönelik faaliyetler olarak yorumlamaktadır.⁵⁰

ABD’de 1947 tarihli Ulusal Güvenlik Kanunu ile temel görevi ulusal güvenlik ve dış politika konuları hakkında Başkana yardımcı olmak ve kurumlar arası koordinasyonu sağlamak olan ve üyelerinin Başkan, dışişleri ve savunma bakanları, Genelkurmay Başkanı, kara, hava ve deniz kuvvetleri komutanlarından oluştuğu bir yardımcı bir yapı olarak Ulusal Güvenlik Kurulu (National Security Council-NSC) kurulmuştur. 1949 yılında yapılan değişiklikle kuvvet komutanlarının üyelikleri sonlandırılmış, Başkan Yardımcısı Kurul’a katılmış ve Genelkurmay Başkanına ise Kurulda daimî askeri danışman statüsü verilmiştir. Bugün itibarıyla Kurul; Başkan, Başkan Yardımcısı, dışişleri ve savunma bakanlarından oluşmaktadır. Genelkurmay Başkanı Kurulun askeri danışmanı, Merkezi Haberalma Örgütü (CIA) Başkanı da istihbarat danışmanlığını yürütmektedir.⁵¹ Öte yandan 2009 yılında Başkan Obama şeffaflık, bilgi edinme hakkı ve bilginin mümkün olan en kısa sürede sistematik olarak sınıflandırılması amacıyla 13526 sayılı Yürütme Emri (The President Executive Order)⁵² yayımlayarak ulusal güvenlik kavramını yeniden tanımlamıştır. Buna göre; ulusal güvenlik ABD’nin ulusal savunması veya dış ilişkileri ile ilgili konular; doğrudan ulusal varlığı hedef alan iç veya dış kaynaklı saldırılar karşısında ulusun korunmasına matuf faaliyetlerdir.⁵³

II. MİLLİ GÜVENLİK KAVRAMININ TÜRK ANAYASALARINDAKİ GELİŞİMİ

A. 1921 ve 1924 Anayasası Döneminde Millî Güvenlik

Türkiye Cumhuriyeti ilk kuruluş yıllarında farklı gerekçelerle çeşitli isyan ve toplumsal tepkilerle karşı karşıya kalmıştır. Nitekim Devlet 10 yıllık uzun bir savaştan çıkmış, Saltanat ve Hilafet ilga edilmiş, Başkent Ankara’da TBMM açılmıştır. 1924 yılına gelindiğinde Lozan Antlaşması ile Osmanlı İmparatorluğu’ndan kalan kronik sorunlar da büyük ölçüde çözülmüştür. Yönetimdeki kadrolar dış tehditlerden ziyade iç tehditlere karşı odaklanmış bunu yaparken de “*emniyet-i dahiliye*” gibi kavramları etkin bir araç olarak kullanmışlardır. 1921 ve 1924 Anayasası döneminde millî güvenlik kavramı henüz literatüre girmemiş olduğundan bu anlama gelebilecek “*devletin nizamı*”, “*devletin emniyeti*”, “*amme nizamı*”; yine dış tehditlerden bahsedilirken de “*emniyet-i hariciye*” gibi kavramlara başvurulmuştur.

1924 Anayasası döneminde, yukarıda da belirttiğimiz üzere, millî güvenlik terminolojisi henüz dünyada oluşmadığından Türkiye’de de millî güvenlik kavramı yerine daha çok “*devletin emniyeti*” ibaresi bazı kanunî düzenlemelerde kullanılmıştır. Bu bağlamda devletin güvenliği

⁴⁹ İtalya Cumhuriyeti'nin Güvenliği İçin Bilgi Sistemi (Sistema di Informazione per la Sicurezza della Repubblica), <https://www.sicurezza.italy.it/sisr.nsf/documentazione/normativa-di-riferimento/legge-124-2007.html>, E. T. 07.10.2020.

⁵⁰ Bigo vd, s. 33, 34.

⁵¹ Torun, s. 62.

⁵² ABD Ulusal Arşivleri (National Archives), Federal Register, <https://www.federalregister.gov/documents/2014/07/30/2014-17836/classified-national-security-information>, E. T. 16.02.2020

⁵³ Kaymaz, Seydi. *Ceza Muhakemesi Hukukunda Devlet Sırrı*, 2. Baskı, Seçkin, Ankara, 2020, s. 47.

kavramını ilk olarak 31/7/1922’de İstiklal mahkemelerinin yetkilerini yeniden düzenleyen Kanun’un 3. maddesinde yer almıştır:

“*MADDE 3...Devletin emniyeti hariciye ve dahiliyesini ihlal edenler hakkında ceza kanununun birinci babının birinci ve ikinci fasıllarında muharrer ceraimi....*”

1930 yılların ikinci yarısından sonra Türkiye, yaklaşan büyük savaş, SSCB’nin boğazlardan hak istemesi gibi nedenlerle Montrö Boğazlar Sözleşmesi’nin imzalanmasında ısrarcı olmuş, askerî, ekonomik tedbirlerin yanında kanunî düzenlemelere gitmek ihtiyacı hissetmiştir. Nitekim 765 sayılı mülga TCK’da kapsamlı değişiklikler yapılmış, devlete karşı suçlarda cezalar artırılmıştır. Değişiklik gerekçesinde devletin emniyet ve selametinin her türlü fena hareketlere karşı, cezaî yaptırımlarla korunması gerektiği ifade edilmiştir:

“*...Zamanımızda soysal ve ökomomsal hareketlerin bas döndürücü bir süratle birbirini takib ederek ilerlemesi ve bu hareketlerin yersel faaliyetlerinden taşarak acunal bir hal alması karşısında eski müdevvenatın bu hareketlerin doğurduğu vaziyetleri idareye kâfi gelmediği tahakkuk ederek Devletlerce fevkalade bazı emniyet tedbirleri almasına kati lüzum hasıl olmuştur. Yine son zamanlarda bazı hadiseleri delaletile mevcut cezaî hükümlerimizin bu hadiseleri dairei şümulüne almadığı görülerek Devletin emniyet ve selameti her türlü fena hareketlere karşı cezaî Yaptırımlarla mahfuz bulundurmak lüzumu tahakkuk etmiştir. Bu boşluğu doldurmak maksadile Türk ceza kanununun ikinci kitabının (Devletin emniyetine karşı cürümler) başlıklı birinci faslına dahil olan maddeleri bastan basa yeniden yazılmak suretile değiştirilmiş ve bu vesile ile de kanunun diğer hükümlerinde tashihi lazımgelen maddeler düzeltilerek tanzim kılınan 74 maddelik layiha takdim kılınmıştır.*”⁵⁴

Yaklaşan II. Dünya Savaşı’nın etkisiyle olsa gerek, seferberlik işlemlerini koordine etmek üzere Millî Güvenlik Kurulunun selefi mahiyetindeki Yüksek Müdafaa Meclisi (YMM) ilk defa 24 Nisan 1933 gün ve 14443 sayılı Kararname ile kurulmuştur.⁵⁵ Başbakanın başkanlığında, Genelkurmay Başkanı ve Bakanlar Kurulu üyelerinin iştiraki ile toplanan YMM’ye dilediği takdirde Cumhurbaşkanı başkanlık etmekteydi. YMM’nin millî güvenlik bakımından sınırlı bir görev tanımı bulunmaktadır. YMM, sadece “*millî seferberlik bakımından vekilliklere verilecek vazifeleri tespit etmek ve gerekli esasları hazırlamak*” kapsamında görevlendirilmiştir.

10 Ağustos 1933 günü çıkarılan 14819 sayılı Kararnameyle de Başkanı Millî Savunma Bakanlığınca tayin edilen *Yüksek Müdafaa Meclisi Umumi Kâtipliği* ihdas olunmuştur. Umumi Kâtibin, kendisine deruhte edilen konulardaki görevini icra etmesi için seçilmiş memurlardan oluşan bir bürosu vardır.⁵⁶

⁵⁴ TBMM Tutanak Dergisi, <https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d05/c012/tbmm05012078ss0250.pdf>, E. T. 01.10.2020.

⁵⁵ 12.05.1949 tarihli TBMM Millî Savunma Komisyon Raporu, <https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d08/c019/tbmm08019096ss0206.pdf>, E. T. 02.08.2020; MGK’nın ilk örneğinin 1933 yılında kurulan Yüksek Müdafaa Meclisi olduğu genel olarak kabul edilirken kimi kaynaklarda 1922 yılında yani Millî Mücadele döneminde M. Kemal Atatürk başkanlığında kurulan “*Harp Encümeni*”nin MGK’nın ilk örneği olduğu savunulmuştur. Bkz. Sezen s. 66; Bir diğer görüş ise 1949 yılında kurulan Millî Savunma Yüksek Kurulunun Millî Güvenlik Kurulu ile en çok benzeşen kurul olduğu yönündedir. Bkz. İba, Şaban. Millî Güvenlik Devleti, Çivi Yazıları, İstanbul, 1999, s. 177; Gürpınar, Bulut. “Millî Güvenlik Kurulu ve Dış Politika”, Uluslararası İlişkiler, Cilt 10, Sayı 39 (Güz 2013), s. 73.

⁵⁶ Millî Güvenlik Kurulu, <https://www.mgk.gov.tr/index.php/kurumsal/hakkimizda>, E. T. 02.08.2020.

II. Dünya Savaşının da etkisiyle, “devletin emniyeti”, “millî emniyet” ya da “millî güvenlik” kavramları askerî ve siyasî çevrelerde *topyekûn savunma* anlamında kullanılmaya başlanmıştır. Denilebilir ki, “millî güvenlik” kavramının dilimize girmesinde 1947’de başlayan Truman Yardımları ile sıkılaştıran ABD-Türkiye ilişkilerinin etkisi büyük olmuştur.

Savaş sonrası dönemde artık dünya iki kutba ayrılmıştır. Bir tarafta demokratik sistemi temsil eden Batı bloku ve NATO, diğer tarafta da Sovyetler Birliği’nin başını çektiği Varşova Paktı bulunmaktadır. Bu gelişmeler Türkiye’de millî güvenlik politikalarının da belirleyicisi olmuş ve çok partili yaşama geçilmesi, BM ve NATO’ya üyelik, Kore’ye asker gönderilmesi gibi hususlar gündeme gelmiştir. Nitekim 1946 yılında Türkiye çok partili siyasal yaşama geçmiştir. Bunda Türkiye’nin II. Dünya Savaşı sonrasında oluşan dünya konjonktüre uyum sağlama çabası, Türkiye’nin Birleşmiş Milletlere (BM) kurucu üye olma arzusu, Türkiye’nin Batı’dan ve özellikle ABD’den, ekonomik ve askerî yardım alma ihtiyacı önemli rol oynamıştır. Diğer bir sebep ise Sovyetler Birliği’nin savaş sonrası, çok güçlü bir devlet haline gelmesi ile Sovyet tehdidi ile ilgili endişelerin artması, Sovyetler Birliği’nin Türkiye’den toprak ve boğazlardan üs talep etmesi ve bunun sonucunda Türkiye’nin Batı dünyasına yönelmesidir.⁵⁷ Sovyet kaynaklı güvenlik endişeleri ve ABD’deki muadili kurum olan Ulusal Savunma Konseyinin de etkisiyle “Devlet işlerinin en başında gelen *topyekûn Millî Savunma görevlerini yerine getirmek üzere*” 30 Mayıs 1949 gün ve 5399 sayılı Kanun’la Millî Savunma Yüksek Kurulu (MSYK) kurulmuş ve YMM’nin yerini almıştır.⁵⁸

“Madde 1 — Devlet işlerinin en başında gelen topyekûn Millî Savunma görevlerini yerine getirmek üzere (Millî Savunma Yüksek Kurulu) teşkil edilmiştir. Cumhurbaşkanı bu kurulun tabii başkanıdır.

Madde 2 — Millî Savunma Yüksek Kurulu, Millî Savunma işlerini telif ve tanzim etmekle mükellef olan Başbakanın başkanlığı altında ve onun teklifiyle Bakanlar Kurulu tarafından seçilecek Bakanlarla Millî Savunma Bakanı ve Genelkurmay Başkanından teşekkül eder. Seferde, Harb Kuvvetleri Genel Komutanı, Yüksek Kurulun tabii üyesidir. Kurul, gerektiğinde Askerî Şûra üyelerini ve her türlü uzmanları istişare için çağırabilir.

Madde 3 — Millî Savunma Yüksek Kurulunun başlıca görevleri şunlardır: A) Hükümetçe takip edilecek Millî Savunma politikasının esaslarını hazırlamak. B) Bütün Devlet teşkilâtına, her türlü özel müessese ve teşekküllere ve vatandaşlara düşecek Millî Savunma ödev ve görevlerini tesbit ile gereken kanunî ve idarî tedbirleri almak üzere yetkili makamlara sunmak. C) B fıkrasında yazılı tedbirlerin uygulanmasını kovuşturmak. D) Topyekûn millî seferberlik plânını barışta hazırlama ve gereğinde tam olarak uygulanmasını sağlamak. E) Yurt savunmasıyla ilgili işlerden Başbakanın lüzum gösterdiklerini inceliyerek mütalâasını bildirmek.

⁵⁷ Akıncı, Abdul Vahap–Usta, Sefa. “Türkiye’de Çok Partili Hayata Geçişte Etkili Olan Dış Faktörlerin Değerlendirilmesi”, *Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, 2016, C. 21, S. 1, s. 275-288.

⁵⁸ 3 Haziran 1949 tarihli ve 7223 sayılı Resmî Gazete, https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc031/kanuntbmmc031/kanuntbmmc03105399.pdf, E. T. 02.08.2021; Sezen, Seriyeye, “Millî Güvenlik Kurulu Üzerine”, *Amme idaresi Dergisi*, Cilt 33, Sayı 4, 2000. s. 63.

Madde 4 — Millî Savunma Yüksek Kurulunun kararlarından doğrudan doğruya icra edilebilecek olanlar Başbakan tarafından ilgili yerlere tebliğ olunur. Bakanlar Kurulu kararını istilzam edenler Bakanlar Kuruluna sunulur.

Madde 5 — Millî Savunma Yüksek Kurulu en az ayda bir defa toplanır.”

Değişikliğin gerekçesi aynı zamanda dönemin ruhunu da yansıtmaktadır:

“Birinci Dünya harbine kadar harbın karakteri (askeri) idi; Harbîn hazırlanması ve yapılması daha çok askerlere ait teknik meseleler gibi görünüyordu. Birinci dünya harbinin ilk aylarından itibaren harb (topyekûn) bir mahiyet almaya; başladı ve bu harbten sonra, harb hazırlıklarını (topyekûn harb) esasına göre düzenlemiş olan milletler İkinci Dünya harbinde bunun çok faydelerini gördüler. Böyle hareket etmemiş olanlar ise ağır ve felâketli kayıplar verdiler, çöküntülere uğradılar. Bugün bütün devletler harb hazırlıklarını, topyekûn Millî Savunma esasına istinat ettirmektedir. Topyekûn Millî Savunma, millî varlığı tecavüze karşı korumak için Devletin ve milletin bütün maddi ve mânevi kuvvetlerini savunma harbî için barışta hazırlamak, tecavüz vukuunda bunları hep birden seferber etmek ve savunma savaşını bütün kuvvetlerle yaparak zafere ulaşmak demektir. Bizde, bugünkü topyekûn Millî savunma çalışmalarına esas olan, 1931 tarihli millî seferberlik yönetmeliği ile çoğu, İkinci Dünya Harbî başladıktan sonra bu konuda yapılmış olan yönetmeliklerdir. Bunlar tamamiyle eskimiş olup maksadı sağlamaktan uzak bulunmaktadırlar. Topyekûn Millî savunma üzerindeki çalışmalar Millî Savunma Bakanlığının ve Genelkurmayın, ilgili Bakanlıklarla temaslarıyla yapılmakta ise de, bütün bu çalışmalar maksadı sağlamaya yeter bulunmamaktadır. Bütün Devlet teşkilâtıyla özel kurumların topyekûn Millî savunma çalışmalarını organize edecek ve bütün çalışmaları bir elden idare ve devamlı surette koordine edecek bir (Millî Savunma Yüksek Kurulu) na olan kesin ihtiyaç sebebiyle ilişik kanun tasarısı hazırlanmıştır.”⁵⁹

Gerekçeye göre, meydana gelen savaşlar, seleflerinden farklı olarak, artık “topyekûn savaş” niteliğindedir. Topyekûn savaş ise bütün millî güç unsurlarının harekete geçirildiği savaşlardır. Silahlı kuvvetlerin yanında ekonomik, diplomatik, demografik, lojistik ve enerji kaynakları vs. gibi tüm unsurların savaş için seferber edilmesi artık hayati önemi haizdir. Bu yüzden de artık “topyekûn millî savunma” işlemlerini organize edecek bir yapıya ihtiyaç vardır.

Kurulun çalışmalarını ve işlerini yürütmek üzere 5399 sayılı Kanun’un 6. maddesi mucibince 10 Nisan 1950 gün ve 14 sayılı Başbakanlık emirleri ile “*Millî Savunma Yüksek KuruluHata! Yer işareti tanımlanmamış. Genel Sekreterliği*” ihdas edilmesi ve Kurul Genel Sekreterinin Genelkurmay Başkanının Mütalaası Alınarak, Millî Savunma Bakanınca Yapılacak Teklif Üzerine Bakanlar Kurulu kararıyla atanması hususlar düzenlenmiştir:

“Madde 6 — Başbakanın direktiflerine göre Millî Savunma Yüksek Kurulu çalışmalarını hazırlamak ve her türlü yazı İşlerini yürütme üzere bir (Millî Savunma Yüksek Kurulu Genel Sekreterliği) kurulmuştur.

⁵⁹ Millî Savunma Yüksek Kurulu Kanunu Tasarısı ve Millî Savunma Komisyonu Raporu, <https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d08/c019/tbmm08019096ss0206.pdf>, E. T. 02.08.2021.

Madde 7 — Millî Savunma Yüksek Kurulu Genel Sekreteri Genelkurmay Başkanının mütalâası alınarak Millî Savunma Bakanınca yapılacak teklif üzerine Bakanlar Kurulu kararıyla tâyin olunur.

Madde 8 — Millî Savunma Yüksek Kurulu Genel Sekreterliğinin kadrosu, Başbakanın teklifi üzerine Millî Savunma Yüksek Kurulu tarafından tesbit edilir.” 60

B. 1961 Anayasası Döneminde Millî Güvenlik

1961 Anayasası; 27 Mayıs 1960 askerî darbesiyle yönetime el koyan askerlerce (Millî Birlik Komitesi) Kurucu Meclis ve bu meclisin bünyesindeki Anayasa Komisyonuna hazırlatılıp 27 Mayıs 1961 tarihli Kurucu Meclis birleşik toplantısında kabul edilmiş, müteakiben 9 Temmuz 1961 tarihli halk oylaması ile kabul edilip yürürlüğe girmiştir.⁶¹

1961 Anayasası seleflerine göre daha özgürlükçü bir yapıdadır. Klasik-liberal anayasacılık anlayışına göre dizayn edilmiştir. Temel hak ve özgürlüklere önem verilmiş, bunlar ayrıntılı olarak Anayasa’nın ikinci kısmında düzenlenmiştir. 1982 Anayasası’ndan farklı olarak, 1961 Anayasası insanı ve bireyi “*yüce bir değer*” sayarak hak ve özgürlüklerin uzlaştırılıp geliştirilmesini ana hedef olarak belirlemiştir.⁶² Anayasa’ya göre, hak ve özgürlük devletin temel niteliği ve görevidir. Özgürlük esas, sınırlama istisnadır.⁶³ Sosyal hak ve ödevlere ilk defa 1961 Anayasası’nda yer verilmiştir. Keza, AİHS de dikkate alınarak, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması ile ilgili çerçeveye bir maddeye (md. 11) de yer verilmiştir. Bu maddede, sınırlama sebebi olarak, millî güvenliğin sayılması önemlidir.⁶⁴

“II. Temel hak ve hürriyetlerin özü, sınırlanması ve kötüye kullanılmaması

MD. 11- (20.9.1971- 1488) Temel hak ve hürriyetler, Devletin ülkesi ve milletiyle bütünlüğünün, Cumhuriyetin, millî güvenliğin, kamu düzeninin, kamu yararının, genel ahlâkın ve genel sağlığın korunması amacı ile veya Anayasanın diğer maddelerinde gösterilen özel sebeplerle, Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olarak, ancak kanunla sınırlanabilir.”

Modern Anayasalardaki gelişmelere ayak uydurmak için 1961 Anayasası’nın 111. maddesinde “*millî güvenlik*” kavramına yer verilmiş, kavram Anayasa’nın 111. maddesinin 3. fıkrasında “*Millî Güvenlik Kurulu*” olarak ete kemiğe bürünmüştür. Bu düzenlemelerle millî güvenlik artık anayasal bir kavram, Millî Güvenlik Kurulu da Anayasal bir organ haline gelmiştir:

⁶⁰ MGK İnternet Sayfası, <https://www.mgk.gov.tr/index.php/kurumsal/hakkimizda>, E. T. 02.08.2020.

⁶¹ Gözler, Kemal, *Anayasa Hukukuna Giriş*, 17. Baskı, Ekin, Bursa, 2010, s. 186.

⁶² Tanör, s. 378; Tanör, *İki Anayasa*, s. 45.

⁶³ Tanör, *İki Anayasa*, s. 18.

⁶⁴ Tanör’e göre 11. madde genel bir sınırlama maddesinden daha çok bir koruma mekanizması mahiyetindedir. Bkz. Tanör, *İki Anayasa*, s. 19.

⁶⁵ TBMM’de 1961 Anayasası olarak kabul edilen 334 sayılı Kanun tasarısında Millî Güvenlik Kurulu yerine “*Millî Savunma Yüksek Kurulu*” ifadesi kullanılmıştır. Bkz. https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TM_/d00/c002/tm_00002034ss0035.pdf, E. T. 06.10.2020; Maddenin gerekçesi şu şekildedir: “*Yurt müdafaasının genel prensiplerini ve siyasetini tesbit etmek için ilgili bakanlardan ve genelkurmay başkanınının müteşekkil yüksek bir kurul bütün modern devletlerde yer almış bulunmaktadır. Nitekim bizde de 5399 sayılı kanunla bu müessese ihdas edilmiştir. Modern Anayasa temayüllerine uyularak bu müessese, tasarıda bir Anayasa organı haline*

“*Millî Güvenlik Kurulu millî güvenlik ile ilgili kararların alınmasında ve koordinasyonun sağlanmasında yardımcı olmak üzere gerekli temel görüşleri Bakanlar Kuruluna bildirir.*”⁶⁶

Bu yapısal değişiklikler sayesinde 1947 yılından beri bir türlü başarısız millî savunma anlayışından millî güvenlik doktrinine esaslı bir şekilde adım atılmış ve geçiş sağlanmıştır. Çünkü Kurul’un görev alanı “seferberlik, memleket savunması, millî savunma politikasının esasları” gibi tamamen savunmaya yönelik konulardan millî güvenlik gibi kapsamı hem belirsiz hem de çok geniş olan bir alanla evrilmiştir.⁶⁷

Yukarıda da belirttiğimiz gibi, millî güvenlik kavramı II. Dünya Savaşı’ndan sonra, önce ABD de sonra da müttefiklerinde kullanılmaya başlanılan bir kavram olduğu için, dönemin Anayasa metinlerinde millî güvenlik ile ilgili bir kaydın bulunmaması yadırganacak bir durum değildir. Nitekim özellikle XX. yüzyılın ilk yarısından sonra yürürlüğe giren anayasalar ve ulusal mevzuatlarda da kavramın kullanılmasının yaygınlaştığı buna paralel olarak Türkiye’de de kavramın 1961 Anayasası’ndan sonra literatüre yerleştiği ve çeşitli kanunî düzenlemelerde yer aldığı görülmektedir.⁶⁸ Bu değişiklikte dış faktörlerin etkisi olduğu kadar siyasal iktidara güvenmeyen ve yönetimde söz sahibi olmak isteyen Millî Birlik Komitesini oluşturan askeri bürokrasinin de payı büyüktür. Millî güvenliğe yönelik tehditlerin nicelik ve niteliği arttığı Soğuk Savaş yıllarında, dönemin yöneticileri millî menfaatlerin sağlanması amacıyla askerî gücün yanında politik, ekonomik ve kültürel güçleri de maksimize etmeyi önemsemişler, millî güvenliği yeniden tanımlamak için millî güvenlik meselelerinin asker ve sivillerce ele alındığı bir platformun ihdas edilmesine karar vermişlerdir.⁶⁹ Saydığımız gelişmelere paralel olarak, 38 sayılı 7/3/1962 tarihli Anayasanın Nizamını Millî Güvenlik ve Huzuru Bozan Fiiller Hakkındaki Kanun kapsamında millî güvenlik gerekçesiyle basın ve ifade özgürlüğünün sınırlandırılması hüküm altına alınmış, Kanun’un basın özgürlüğünü kısıtlayan 4. maddesinin⁷⁰ Anayasa’ya aykırı olduğu gerekçesiyle yapılan iptal başvurusunda Yüksek Mahkeme millî güvenlik kavramına atıfta bulunarak red kararı vermiştir.⁷¹ Benzer şekilde, Anayasa Mahkemesi Dernekler Kanunu ile ilgili

getirilmiştir.” Bkz. https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TM_/d00/c002/tm__00002034ss0035.pdf, E. T. 06.10.2020.

⁶⁶ Angola, Belize, Kenya, Kosova, Myanmar, Somali, Sudan, Gambiya, Fas ve Şili gibi ülkelerin anayasalarında açıkça millî güvenlik kuruluna yer verilirken; Federal Almanya, Güney Kore, ABD, Rusya Federasyonu, Avustralya, İspanya, İzlanda, Çin Halk Cumhuriyeti, Fransa, Kanada, Belçika ve Birleşik Krallık gibi ülkelerin Anayasalarında millî güvenlik kurulu gibi bir yapı bulunmamaktadır. Bkz. Güveyi, s. 158, 159.

⁶⁷ Gürpınar, s. 78.

⁶⁸ Örneğin; İspanya Anayasası (1978) md. 102/2; İtalya Cumhuriyeti Anayasası (1947) md. 126/2, Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasası (1949) md. 10/2, Belçika Anayasası (1994) md. 167/1, Rusya Federasyonu Anayasası (1993) md. 13, 55, 82 ve 114.

⁶⁹ Güveyi, s. 187.

⁷⁰ “*MADDE 4. — Kanunların himayesinde evvelce faaliyet göstermiş veya faaliyet göstermekte bulunan herhangi bir siyasî partiye mensub olanları veya oy vermiş bulunanları tezyîfkâr sıfatlarla topyekûn kötülüyerek, vatandaşlar arasında husumet ve intikam hisleri doğuracak veya tahrik edecek mahiyette söz, yazı, haber, havadis, resim, karikatür veya sair vasıta ve suretlerle faaliyette bulunanlar veya propaganda yapanlar üç aydan iki seneye kadar hapis cezasıyla cezalandırılır.*”

⁷¹ “*...içtimai görevini yerine getirebilmesi için basının hür olması kadar sorumluluk şuuru ile hareket etmesi de şarttır. Sorumluluk şuurundan yoksun bir basın her sorumsuz kuvvet gibi er geç soysuzlaşır. Ve toplumun hayatını sarsar ve millî güvenliği tehlikeye sokan bir kuvvet halini alır. Düşünce ve basın hürriyetleri ne kadar mukaddes olursa olsun böyle bir durum karşısında toplum düzenini ve millî güvenliği korumakla görevli olan kanun koyucu gerekli tedbirleri almak zorunluluğundadır.*” Bkz. AYM, E.1963/16, K.1963/83, 08/04/1963.

kararında “*millî güvenlik*” gerekçesiyle temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasına gönderme yapmıştır.⁷²

Millî güvenlik kavramının hukukî çerçevesini çizen diğer bir düzenleme ise 17 Nisan 1963’te yürürlüğe girmesi kararlaştırılan Millî Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliği Yönetmeliği olmuştur.⁷³ Yönetmeliğin 3. maddesinde millî güvenliğin kapsamlı bir tanımı yapılmıştır:

“Dışarıdan ve içeriden yapılabilecek her çeşit taarruzlara bozguncu teşebbüslere tabi afetlere büyük yangınlara azimle karşı koyabilmek devlet otoritesini muhafaza ve devam ettirmek ve bir savaştan gelip çıkabilmek için bütün millî kudret gayret ve faaliyetlerin tam olarak kullanılması...”

Tanıma göre nihai amaç devlet otoritesini muhafaza ve devam ettirmek ve bir savaştan gelip çıkabilmektir. Maddede sadece dışarıdan gelen her türlü saldırılara değil, içeriden vaki olacak taarruzlara da yer verilmiş olması dikkat çekicidir. Akgüner’e göre bu tanım kavramı bağlamından koparan ve millî güç unsurlarını sadece olağanüstü durumlarda kullanılmasını öngören bir düzenlemedir.⁷⁴

1961 Anayasasının 110. maddesinde millî güvenliğin sağlanmasından TBMM’ye karşı Bakanlar Kurulunun sorumlu olduğu, 111. maddesinde ise millî güvenlik ile ilgili kararlar alınmasından ve koordinasyonun sağlanmasından sorumlu olan Millî Güvenlik Kurulunun görüşlerini Bakanlar Kuruluna tavsiye edeceği belirtilmiştir.⁷⁵ Nitekim 1961 Anayasası’nın 111. maddesi gereği olarak 11 Aralık 1962 gün ve 129 sayılı Kanun’la da Millî Güvenlik Kurulu kurulmuş ve bu Kanun’la 5399 sayılı Kanun ilga edilmiştir.⁷⁶

⁷² “Burada, Bakanlar Kurulu kararıyla kapatılması söz konusu edilen Türk dernekleri değil yabancı bir derneğin Türkiye’de Bakanlar Kurulu izni üzerine açtığı şubedir. Anayasanın “Temel Haklar ve ödevler” başlığını taşıyan ikinci Kısımında gösterilen hak ve hürriyetlerin - ki dernek kurma hakkı bu Kısımın İkinci Bölümündedir - Yabancılar için milletlerarası hukuka uygun olarak, kanunla sınırlanabileceği yolunda bir ilkenin Anayasanın 13. maddesinde yer aldığı unutulmamalıdır. Öte yandan yabancı derneğin Türkiye’de izinle açılmış şubesinin kapatılması gerçekte o iznin kaldırılması demektir. İzin de ancak yabancı kuruluşun kanunlarımıza veya ulusal çıkarlarımıza uymayan yahut kurulma ereğiyle bağdaşmayan faaliyetlerde bulunması gibi ağır, millî güvenliği ve kamu düzenini tehdit eden durumlarda kaldırılabilir. Böyle bir duruma hiç bir egemen devletin katlanması ve birtakım yargısal yöntemlerle tehlikenin ve zararın artarak sürüp gitmesine yol açması beklenemez. Kaldı ki yurt dışında kurulan derneklerin Türkiye’de ancak Bakanlar Kurulu izniyle faaliyette bulunabilmelerinde Anayasaya aykırılık söz konusu olmadığına göre iznin verilmesini gerektiren koşullarda değişiklik olması halinde izni vermeğe yetkili merciin izni geri almağa da yetkili bulunması doğal ve olağandır.” Bkz. AYM, 18-20.12.1973, 1973/3 E, 1973/37 K.

⁷³ 7 Haziran 1963 tarih ve 11422 sayılı Resmî Gazete, <https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/11422.pdf>, E.T. 27.04.2020.

⁷⁴ Akgüner, s. 13.

⁷⁵ Maddenin 1971 yılında 1488 sayılı Kanunla değiştirilmeden önceki şeklinde ise; “Millî Güvenlik Kurulu millî güvenlik ile ilgili kararların alınmasından ve koordinasyonun sağlanmasında yardımcılık etmek üzere gerekli temel görüşleri Bakanlar Kuruluna bildirir.” şeklindedir. Değişiklikten önce Kurula askeri kanattan sadece kuvvet temsilcileri katılıyor ve ayrıca MGK’nın sadece danışma kurulu ya da yardımcı kurul olduğunu vurgulama için “yardımcılık etmek üzere” ibaresi madde metninde yer alıyordu. 1971 değişikliği ile ise kurula katılacak komutanlar “kuvvet komutanları” olarak belirlenmiş, “yardımcılık etmek üzere” ibaresi de madde metninden çıkarılarak “tavsiye eder” ibaresi madde metnine girmiştir. Bkz. Tanör, *İki Anayasa*, s. 45.

⁷⁶ 19 Aralık 1962 tarih ve 11286 sayılı Resmî Gazete, <https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/11286.pdf>, E.T. 26.04.2020; 1488 sayılı Kanun’la değiştirilmeden önce maddenin ilk şekli şöyledir: “Madde111- Millî Güvenlik Kurulu kanunu gösterdiği bakanlar ile Genelkurmay başkanı ve kuvvet temsilcilerinden kuruludur. Millî Güvenlik Kuruluna Cumhurbaşkanı başkanlık eder, bulunmadığı zaman bu görevi Başbakan yapar. Millî Güvenlik Kurulu millî güvenlik ile ilgili kararların alınmasında ve koordinasyonun sağlanmasında yardımcılık etmek üzere gerekli temel

“MADDE 1.—Anayasanın 111’inci maddesi gereğince «Millî Güvenlik Kurulu» kurulmuştur. Millî Güvenlik Kurulu Cumhurbaşkanının, hazır bulunmadığı zaman Başbakanın Başkanlığında Başbakan, Devlet Bakanı ve Başbakan yardımcıları, Millî Savunma, İçişleri, Dışişleri, Maliye, Ulaştırma ve Çalışma bakanları ile gündemle ilgili olarak Başbakanın davet edeceği diğer bakanlardan ve Genelkurmay Başkanı ile Kara, Deniz ve Hava Kuvvetleri komutanlarından kurulur.”⁷⁷

Bahse konu Kanun’un 2. maddesinde MGK’nın görevlerine yer verilmiştir. Buna göre, Kurul, millî güvenlik ile ilgili konularda Bakanlar Kurulunun yardımcısıdır. Yine görevler arasında seferberlik ve topyekûn savunma ile ilgili hususlar göze çarpmaktadır.⁷⁸ Madde gerekçesinin 5399 sayılı Kanun’daki gerekçelerle benzer olduğu, yani dünyadaki gelişmeler ve karşılaştırmalı hukuktaki benzeri kuruluşlar dikkate alınarak ve yine devletin maddi manevi varlığının her türlü tecavüzlere karşı korunması amacıyla Kanun tasarısının hazırlandığı anlaşılmaktadır.⁷⁹ Kanun tasarısının Adalet Komisyonu raporunda Kurulun bir icra organı olmadığı, Bakanlar Kuruluna yardımcı olan bir organ niteliğinde olduğu, zira millî güvenliğin sağlanmasından ve Silahlı Kuvvetlerin savaşa hazırlanmasından TBMM’ye karşı sorumlu olan organın Bakanlar Kurulu olduğu vurgulanmıştır.⁸⁰

görüşleri bakanlar kuruluna bildirir.” Değişiklik ile maddenin son fıkrası “Bakanlar Kuruluna tavsiye eder” biçimine dönüşmüştür.

⁷⁷ TBMM Tutanak Dergisi, bkz. https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc046/kanuntbmmc046/kanuntbmmc04600129.pdf, E. T. 16.08.2020; Yeni düzenleme ile Kurulun hem asker hem de sivil üye sayısında artışa gidilmiş ve Cumhurbaşkanının ağırlığı, evvelki Kanun’a nazaran, artırılmıştır; Anayasası’nın 111. maddesinde Cumhurbaşkanı’nın bulunmadığı hallerde MGK’ya Başbakanın başkanlık edeceği belirtilmiş olmasına rağmen, Başbakanın kurul üyeleri arasında gösterilmemiş, ancak 129 sayılı Kanun’la Başbakan ve diğer bazı bakanlar kurul üyeleri arasına dahil edilmiştir.

⁷⁸ “MADDE 2. — Millî Güvenlik Kurulu : Millî güvenlikle ilgili kararların alınmasında ve koordinasyonun sağlanmasında Bakanlar Kuruluna yardımcılık etmek üzere : a) Millî güvenlik politikasının esaslarının hazırlanması ve bu politikanın tadil ve tashihi, b) Bu esasların uygulanmasıyla ilgili olarak millî güvenlik konularının her biri için millî plân ve programların hazırlanması, bunların tahakkuku için nihai ve ara hedeflerin tesbiti ve bu konudaki faaliyetlerin ahenkleştirilmesi, c) Bütün Devlet teşkilâtına her türlü özel müessese ve teşekküllere ve vatandaşlara düşecek topyekûn savunma ve millî seferberlik hizmetlerinin ve sorumluluklarının tesbiti ve bu konuda lâzım gelen kanuni ve idarî tedbirlerin alınması, ç) Bakanlıklar tarafından hazırlanacak millî seferberlik plânlarına (sivil fevkalâde hal plânlarına) temel olacak esasların tesbiti, bu plânların ahenkleştirilmesi, izlenmesi ve değerlendirilmesi, Gibi millî güvenlikle ilgili temel görüşleri Bakanlar Kuruluna bildirir.”

⁷⁹ “... Tasarının hazırlanmasında II nci Dünya Harbînden sonra ileri memleketlerin benzeri teşkilâtları üzerinde yaptıkları revizyonlar ve bu konuda 5399 sayılı Kanununun 10 senelik tatbikatından elde edilen tecrübeler de dikkate alınmıştır. Bu, suretle bu tasarı, Devletin maddi ve mânevi bütün varlıklarının her türlü tecavüzlere karşı korunması ve yüceltilmesi amacıyla takib edilecek politika, prensip ve plânların tesbiti işleri ile bu konudaki hazırlık ve çalışmaları tanzim edecek esasları derlemiştir bulunmaktadır.”

⁸⁰ “... Millî Güvenlik Kurulu, Millî Güvenlik ile ilgili kararların alınması ve koordinasyonun sağlanması için, gerekli temel görüşleri Bakanlar Kuruluna bildirmekle görevlidir ve görevleri bu konularla ilgili Bakanlar ile Genelkurmay Başkanı ve Kuvvet Temsilcilerinden kurulur, Kurula, Cumhurbaşkanı ve bulunmadığı zaman da Başbakan Başkanlık eder. Adı geçen Kurul, bir icra organı değildir, Bakanlar Kuruluna yardımcı olan bir organdır. Zira, Millî Güvenliğin sağlanmasından ve Silahlı Kuvvetlerin savaşa hazırlanmasından, T.B.M. Meclisine karşı sorumlu olan organ, Bakanlar Kuruludur. İcraya taallük eden karar ve tedbirleri Bakanlar Kurulu alacak ve Millî Güvenlik Kurulu, Bakanlar Kurulunun sözü edilen konularda alacağı karar ve tedbirlere ait temel görüşleri, bir yardımcı organ olarak, Bakanlar Kuruluna bildirecektir. ...4. Başbakanlık Müsteşarı ile Dışişleri Bakanlığı Genel Sekreterinin, Başbakanın daveti üzerine, oy kullanmamak şartıyla, Millî Güvenlik Kurulunun üyesi değillerdir, görevlerinin mahiyeti itibarıyla toplantıya katılmalarında, kendilerinin aydınlanmaları ve Millî Güvenlik Kuruluna bâzı konularda aydınlatıcı bilgiler vermeleri bakımından, ancak fayda düşünülebilir. 5. Millî Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliği kurulmasında ve Genel Sekreterin

1961 Anayasası'nın 111. maddesi mucibince 11 Aralık 1962 gün ve 129 sayılı Kanun'la Millî Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliği kurulmuştur.⁸¹ Kanun'un 4. maddesine göre Sekreterlik Başbakanlığa bağlı olarak görev yapar ve Genelkurmay Başkanının inhası ve Başbakanın teklifi üzerine Bakanlar Kurulunca atanır. Kanun'un gerekçesinde Millî Güvenlik Kuruluna verilen görevlerin yürütülebilmesi bakımından gerekli hazırlık ve çalışmaların yapılabilmesi, Bakanlar Kurulunca belirlenen temel plân ve programların hazırlanmasını sağlamak ve bunların icrasını takip etmek üzere Sekreterliğin kurulduğu belirtilmiştir.⁸²

1961 Anayasası'nın 111. maddesinde 1971 yılında 1488 sayılı Kanun'da yapılan değişiklikle,⁸³ başlangıçtaki klasik liberal anlayıştan uzaklaşarak daha önce sınırlandırılmayan hak ve hürriyetlerin sınırlandırılabilmesi mümkün hale getirilmiş ve sınırlanma sebeplerinin çoğaltılarak “*devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğü*” gibi soyut kavramlara yer verilmiştir.⁸⁴ Keza, temel hak ve hürriyetlerin Anayasa'nın sözüne ve ruhuna uygun olarak ancak kanunla sınırlanabileceği belirtilmiştir. Maddenin 2. fıkrası ise; “*kamu yararı, genel ahlak, kamu düzeni ve sosyal adalet ve millî güvenlik gibi sebeplerle de olsa bir hakkın özüne dokunulamaz*” hükmünü amirdir.⁸⁵ Değişikle, Anayasanın 15 (Özel hayatın gizliliği), 16 (Konut

oy kullanmamak şartıyla Millî Güvenlik Kurulu toplantılarına katılmasında Anayasaya aykırılık yoktur.” Bkz. 5399 sayılı Kanun gerekçesi, bkz. https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/CS_/t02/c007/cs_02007015ss0015.pdf, E. T. 27.11.2020.

⁸¹ “...MADDE 3. — Başbakanlığa bağlı «Millî Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliği» kurulmuştur.

Görevleri: a) Millî Güvenlik Kurulunun 2 nci maddede gösterilen görevleriyle ilgili çalışmaları ve incelemeleri yapmak, teklifleri hazırlamak,

b) Millî Güvenlik Kurulunca teklif ve Bakanlar Kurulunca tasvib edilmiş olan bilcümle karar, prensip ve plânlar ile bu konudaki mevzuatın sorumlu organlarda tatbikatını takibetmek ve bu maksatla belirli zamanlarda raporlar hazırlayarak Millî Güvenlik Kuruluna sunmak,

c) Millî Güvenlik Kurulu ile ilgili toplantıların hazırlıklarını yapmaktan ibarettir. Millî Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliği çalışmalarında Bakanlıklar, ilgili daire ve teşekküllerle iş birliği yapar.

MADDE 4. — Millî Güvenlik Kurulu Genel Sekreteri, Genelkurmay Başkanının inhası ve Başbakanın teklifi üzerine Bakanlar Kurulunca atanır.” Bkz. Resmî Gazete, 19 Aralık 1962, Sayı: 11286, <https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/11286.pdf>, E. T. 25.07.2020.

⁸² “Millî Güvenlik Kuruluna tevcih olunan görevlerin lâıky ile yürütülebilmesi bakımından gerekli hazırlık ve çalışmaların yapılabilmesini, Bakanlar Kurulunca tasvib olunan esaslar dairesinde ana plân ve programların hazırlanmasını sağlamak ve bunların tatbikatını takip etmek üzere daimî bir organa ihtiyaç görülmüştür. Bu maksatla Kurulun «Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliğinin» Hükümetin genel siyasetinin yürütülmesini gözetlemekle görevli olan Başbakanla bağlanması uygun mütalâa edilmiş ve 'bunun diğer bakanlık ve dairelerle kolaylıkla iş birliği yapması sağlanmıştır. ... Millî Güvenlik faaliyetlerinin sıklet merkezini, millî güvenliğin belli başlı unsuru bulunan Silahlı Kuvvetler teşkil ettiğinden Genel Sekreterin seçilmesi yetkisi Genelkurmay Başkanına verilmiş ve Bakanlar Kurulu kararı ile de tâyin edileceği belirtilmiştir.”

⁸³ Değişiklik gerekçesi şu şekildedir: “Millî Güvenlik Kurulunun kuruluşuna açıklık vermek üzere birinci fıkraya “Başbakan” ilâve edilmiş ve Silahlı Kuvvetlerin bünyesi gereği, Millî Güvenlik Kurulunda kuvvet temsilciliği görevini Kuvvet Komutanlarının yerine getirmeleri tabii bulunduğundan “Kuvvet Temsilcilerinden” yerine “Kuvvet Komutanlarından” ibaresi konulmuştur. Son fıkra ise Millî Güvenlik Kurulunun kuruluş gayesine uygun olarak düzenlenmiştir.” Bkz. TBMM Tutanak dergisi, https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/CS_/t10/c067/cs_10067113ss1661.pdf, E. T. 15.08.2020.

⁸⁴ Tanör, *İki Anayasa*, s. 48.

⁸⁵ Anılan md. 1971 yılında 1488 sayılı Kanun'la değiştirilerek genel bir sınırlandırma maddesi haline dönüştürülmüştür: “Madde 11- (20.09.1971-1488) Temel hak ve hürriyetler, devletin ülkesi ve milleti ile bütünlüğünün cumhuriyetin millî güvenliğinin kamu düzeninin kamu yararının genel ahlakın ve genel sağlığın korunması amacı ile veya Anayasanın diğer maddelerinde gösterilen özel sebeplerle Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olarak ancak kanunla sınırlanabilir.”

dokunulmazlığı), 18 (Seyahat ve yerleşme hürriyeti), 22 (Basın hürriyeti), 29 (dernek kurma hakkı) ve 46. (sendika kurma hakkı) maddelerinde düzenlenen hak ve özgürlüklerin

sınırlandırılması kapsamında da millî güvenlik kavramı Anayasa’ya girmiş olmaktadır.

| 1961 Anayasası’nda MGK | 1971 Yılı 1488 sayılı Kanunla Yapılan Anayasa Değişikliği Sonrası MGK |
|---|--|
| <p>“Md. 111- Millî Güvenlik Kurulu kanunu gösterdiği bakanlar ile Genelkurmay başkanı ve kuvvet temsilcilerinden kuruludur.</p> <p>Millî Güvenlik Kuruluna Cumhurbaşkanı başkanlık eder, bulunmadığı zaman bu görevi Başbakan yapar.</p> <p>Millî Güvenlik Kurulu millî güvenlik ile ilgili kararların alınmasında ve koordinasyonun sağlanmasında yardımcılık etmek üzere gerekli temel görüşleri bakanlar kuruluna bildirir.”</p> | <p>“MD. 111.- Millî Güvenlik Kurulu, Başbakan, Genelkurmay Başkanı ve kanunun gösterdiği bakanlar ile Kuvvet Komutanlarından kuruludur.</p> <p>Millî Güvenlik Kuruluna Cumhurbaşkanı Başkanlık eder; bulunmadığı zaman, bu görevi Başbakan yapar.</p> <p>Millî Güvenlik Kurulu, millî güvenlik ile ilgili kararların alınmasında ve koordinasyonun sağlanmasında gerekli temel görüşleri Bakanlar Kuruluna tavsiye eder.”</p> |

Tablo 2: 1971 Yılı Anayasa Değişikliği Öncesi ve Sonrası MGK

70’li yıllar Türkiye’nin bir yandan Kıbrıs gibi sorunlarla uğraştığı bir yandan da sağ ve sol adı altında şiddet olayların yoğunlaştığı dönemdir. Artık millî güvenlik politikaları bunlara yönelik olacaktır. Nitekim, 1971 yılındaki Anayasa değişikliği ile millî güvenlik temel hak ve özgürlüklerin kısıtlama nedeni olarak da Anayasa’ya girmiştir. Anayasa’da 1971 yılında bazı değişiklikler yapılmıştır. 60’lı yılların sonlarında şiddet hareketleri tüm yurttan artmış ve bir türlü önüne geçilemeyen bir hal almıştır. 12 Mart 1971 tarihinde Genelkurmay Başkanı ve kuvvet komutanları hükümete bir muhtıra vererek dönemin Başbakanı Süleyman Demirel’i istifaya zorlamışlardır.⁸⁶ Nitekim bu olaylardan sonra da Anayasa’da temel hak ve özgürlükler için geçerli genel bir sınırlandırma hükmü 11. maddeyle sağlanmıştır.⁸⁷

“Madde 11- (20.09.1971-1488) Temel hak ve hürriyetler, devletin ülkesi ve milleti ile bütünlüğünün cumhuriyetin millî güvenliğinin kamu düzeninin kamu yararının genel ahlakın ve genel sağlığın korunması amacı ile veya Anayasanın diğer maddelerinde gösterilen özel sebeplerle Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olarak ancak kanunla sınırlanabilir.”⁸⁸

⁸⁶ Anadolu Ajansı, <https://www.aa.com.tr/tr/turkiye/12-mart-muhtirasinin-uzerinden-48-yil-gecti/1414573>, E.T. 25.04.2020.

⁸⁷ AYM ve doktrinin ekseriyeti mezkûr maddenin genel bir sınırlama nedeni olduğunu savunurken; Tanör bu maddenin genel koruyucu hükümleri muhtevi; neyin hangi nedenle sınırlanabileceğini değil, sınırlamanın sınırı olduğunu savunmuştur. Bkz. Tanör, Anayasal Gelişmeler, s. 383.

⁸⁸ Maddenin ilk hali şu şekildedir: “Temel hak ve hürriyetler Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olarak ancak kanunla sınırlanabilir.”

Bu değişikliklerle özellikle temel hak ve özgürlüklerin alanı daraltılmıştır. Örneğin genel sınırlandırma maddesine “*millî güvenlik*”, “*devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğü*”, “*kamu düzeni*” ve “*genel ahlak*” da eklenmiştir. 12 Mart Muhtırası ile askerin siyasal sistemdeki etkisi pekişirken, MGK açısından önemli bir gelişme, 12 Mart Muhtırasını imzalayan Genelkurmay Başkanı ile üç kuvvet komutanının, unvanlarına “*Güvenlik Kurulu Üyesi*” sıfatını eklenmesi olmuştur. 1971 değişiklikleri ile MGK’nın hem işlevinde hem de oluşumunda farklılaşmaya gidilmiş, askeri bürokrasi, MGK’da bir temsilci bulundurmaya yerine Orgeneral rütbesindeki kuvvet komutanları ile temsil edilmiştir. Tanör’e göre bu değişikliklerle TSK’nin hiyerarşik yapısının takviye edilmiştir.⁸⁹

1982 Anayasası ise selefine göre temel hak ve özgürlüklerin alanının daraltıldığı, millî güvenlik endişesinin daha ön planda olduğu bir dönemdir. Bu minvalde 1982 Anayasası’nda temel hak ve özgürlüklerin kısıtlama nedeni olarak millî güvenliğe yapılan atıf sayısında artış yaşanmıştır.

C. 1982 Anayasası Döneminde Millî Güvenlik

12 Eylül 1980 askerî darbesiyle TSK yönetime el koymuştur. Bu darbe önceliklerden farklı olarak emir komuta hiyerarşisi içinde yapılmış, Anayasa hazırlamakla görevli olarak bir Kurucu Meclis 2485 sayılı Kanun’la kurularak görevlendirilmiştir. Kanun’a göre, Kurucu Meclis, Millî Güvenlik Konseyi (Genelkurmay Başkanı ve kuvvet komutanları) ile 160 kişiden oluşan bir Danışma Meclisinden oluşmaktadır.⁹⁰

Anayasa Komisyonunun hazırladığı Anayasa Taslağı Danışma Meclisi ve Millî Güvenlik Konseyinde onaylandıktan sonra, 7 Kasım 1982 tarihli halkoylaması ile kabul edilmiştir. Söz konusu Anayasa, 1961 Anayasası’ndan farklı olarak, yürütmeyi güçlendirmiş ve temel hak ve hürriyetler konusunda katı bir tutum takınmış, insan haklarına dayalı devlet anlayışı yerine insan haklarına saygılı devlet anlayışını esas almıştır. Doktrinde, 1982 Anayasası’nın hürriyet-otorite ikilisinde tercihini otoriteden yana kullandığı ve 1961 Anayasasının tersine haklar ve hürriyetlerin değil sınırlamaların esas olduğu belirtilmiştir.⁹¹ Gerçekten de, 1961 Anayasası’na göre, 1982 Anayasası’nın daha az özgürlükçü olduğu yadsınamaz. Bunun yanında temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması konusunda, selefî gibi, güvenceli bir sistem getirmiştir.⁹²

Anayasa’da millî güvenlik kavramı hem temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında hem de Millî Güvenlik Kurulu bağlamında ele alınmıştır. 1961 Anayasasına kıyasla millî güvenlik kavramının muhteviyatı savunma ve güvenlik konularını aşacak biçimde genişleyerek⁹³ sınırlandırma nedeni olarak birçok maddede yer almıştır. Söz gelimi, özel hayatın gizliliği (md.20), konut dokunulmazlığı (md. 21), haberleşme hürriyeti (md. 22), dernek kurma hürriyeti (md. 33),

⁸⁹ Rona Aybay, “Millî Güvenlik Kavramı ve Millî Güvenlik Kurulu”, AÜSBF Dergisi, Cilt 33, No. 1, 1978, s. 77-78; Duran, s. 130.

⁹⁰ 30 Haziran 1981 tarihli ve 17386 mükerrer sayılı Resmî Gazete, https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/17386_1.pdf, E. T. 25.04.2020.

⁹¹ Tanör, *İki Anayasa*, s. 127-138; Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, 19. Baskı, Yetkin Hukuk Yayınları, Ankara, 2019, s. 38, 39, 75.

⁹² Gözler, s. 219; Tanör bu durumu “*katmerli sınırlama sistemi*” olarak isimlendirmektedir. Bkz. Tanör, *İki Anayasa*, s. 121.

⁹³ Tanör, *İki Anayasa*, s. 111.

sendika kurma hakkı (md. 51) bu kabildendir. 1961 Anayasası’nda yapılan 1971 değişikliklerindeki sınırlandırma mantığının burada da çoğunlukla korunduğu söylenebilir.⁹⁴

4709 sayılı ve 03/10/2001 tarihli Kanun ile yapılan Anayasa değişikliğinden önce 1982 Anayasası’nın 13’üncü maddesi; millî güvenlik kavramına, temel hak ve özgürlüklerin genel sınırlama sebeplerinden biri olarak yer vermekteydi. Değişiklik ile millî güvenlik kavramı maddeden çıkarılmıştır.⁹⁵ Bu değişiklikle 1961 Anayasası’ndaki hakkın özüne dokunma yasağına geri dönmüş olunmaktadır. Buna göre, temel hak ve hürriyetler sınırlandırılırken, kanunla bile, hak ve hürriyetin kullanılmasını işlevsiz bırakacak şekilde sınırlandırmaya gidilemeyecektir.⁹⁶

1982 Anayasası’nda da millî güvenlik kavramı *genel sınırlama* sebebinden başka, ilgili hak ve hürriyetlerin yer aldığı maddelerde *özel sınırlama sebebi* olarak yerini almıştır. Nitekim Ekim 2001 tarihli Anayasa değişikliğinden sonra Anayasa Koyucu, millî güvenlik kavramına birçok maddede yer vermiştir. Böylelikle birçok hak ve özgürlüğün düzenlendiği ilgili maddede, o hak ve özgürlük için özel sınırlama sebepleri gösterilmiştir. Örneğin; “*özel hayatın gizliği*”, “*konut dokunulmazlığı*”, “*haberleşme hürriyeti*”, “*düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti*”, “*basın hürriyeti*”, “*dernek kurma hürriyeti*”, “*toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkı*”, “*sendika kurma hakkı*”nı düzenleyen Anayasa hükümlerinde sınırlandırma sebebi olarak “*millî güvenlik*” de sayılmaktadır.

“*Millî Güvenlik Kurulu için temel ve yapısal yeni bir kanunî düzeni sağlamak, 12 Eylül'den sonra uygulanan tedbirlerin, zamanın yürütme, yasama ve yargı organlarınca yerine getirilmemesi veya istenilen şekil veya düzeyde uygulamaya konulmaması sonucu hasıl olan durumlarla tekrar karşılaşılmasının önlenmesi ve Millî Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliği'nin fonksiyonlarını etkili ve yeterli bir tarzda yerine getirebilmesi*” için 1982 Anayasası'nın 118. maddesi gereği 1 Kasım 1983 gün ve 2945 sayılı Millî Güvenlik Kurulu ve Millî Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliği Kanunu ile Millî Güvenlik Kurulu kurulmuştur.⁹⁷

⁹⁴ Yavuz Yayla, s. 86.

⁹⁵ 22 Ekim 2001 tarihli ve 24561 mükerrer sayılı Resmî Gazete, <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2001/10/20011022M1.htm>, E. T. 25.04.2020.

⁹⁶ Anayasa Mahkemesine göre, bir hak ve hürriyetin gayesine uygun şekilde kullanılmasını son derece zorlaştıran veya onu kullanılamaz duruma düşüren kayıtlar o hak ve hürriyetin özüne dokunur. Bkz. AYM 08.04.1963, 1963/25 E, 1963/87 K.

⁹⁷ “*kurumun fonksiyonlarını etkili ve yeterli bir tarzda yerine getirebilmesi için temel ve yapısal yeni bir kanunî düzenlemeyi sağlamak amacı ile ve 12 Eylül 1980 öncesi iç tehditlerin ulaştığı boyutlar ve bu tehditler karşısında Millî Güvenlik Kurulunun tetkik, araştırma ve incelemeleri sonucu tespit ettiği ve büyük bir çoğunlukla 12 Eylül'den sonra uygulanan tedbirlerin, zamanın yürütme, yasama ve yargı organlarınca yerine getirilmemesi veya istenilen şekil veya düzeyde uygulamaya konulmaması sonucu hasıl olan durumlarla tekrar karşılaşmayı önlemek*”, *Devletin tüm kurumları ile yeniden düzenlemeye ta'bi tutulduğu, sağlam ve sağlıklı bir devlet yapısının oluşturulması için yeni Anayasal (düzenin uygulamaya konulduğu bu dönemde, Anayasanın 118 inci maddesine göre, Millî Güvenlik Kurulu ve Millî Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliğinin fonksiyonlarını etkili ve yeterli bir tarzda yerine getirebilmeleri için temel ve yapısal yeni bir kanunî düzenlemeyi sağlamak amacı ile 'bu kanun tasarısı hazırlanmıştır. 1961 Anayasası ile Anayasal bir organ olarak düzenlenen Millî Güvenlik Kurulunun, 12 Eylül 1980 tarihine kadar devam eden görev süresi (içerisinde edinilen tecrübeler ve uygulamaların değerlendirilmesi ile hasıl olan bilgi birikiminden yararlanılarak, demokratik bir düzende, devletin ihtiyaçları dikkate alınmak suretiyle Millî Güvenlik Kurulu ve Millî Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliği görev, yetki, çalışma usul ve esasları ile teşkilatlanması yeniden düzenlenmiştir. Anayasanın 118 inci maddesi ile Millî Güvenlik Kurulunun kuruluş ve (görevleri 'konusunda ana hatları ile bir düzenleme getirilmiş, 104/b, 120 ve 122 nci (maddelerinde Millî Güvenlik Kuruluyula ilgili hükümler konulmuştur. Ayrıca 117 nci md. de «Millî güvenliğin sağlanmasından Bakanlar Kurulu sorumludur» kesin hükmü ile temel prensip*

| 1982 Anayasası | 1961 Anayasası |
|---|--|
| <p>“Md. 118 – (Değişik birinci fıkrâ: 3/10/2001-4709/32 md.) Millî Güvenlik Kurulu; Cumhurbaşkanının başkanlığında, Cumhurbaşkanı yardımcıları, Adalet, Millî Savunma, İçişleri, Dışişleri Bakanları, Genelkurmay Başkanı, Kara, Deniz ve Hava kuvvetleri komutanlarından kurulur. Gündemin özelliğine göre Kurul toplantılarına ilgili bakan ve kişiler çağrılıp görüşleri alınabilir.</p> <p>(Değişik birinci cümle: 3/10/2001-4709/32 md.) Millî Güvenlik Kurulu; Devletin millî güvenlik siyasetinin tayini, tespiti ve uygulanması ile ilgili alınan tavsiye kararları ve gerekli koordinasyonun sağlanması konusundaki görüşlerini Cumhurbaşkanına bildirir. Kurulun, Devletin varlığı ve bağımsızlığı, ülkenin bütünlüğü ve bölünmezliği, toplumun huzur ve güvenliğinin korunması hususunda alınmasını zorunlu gördüğü tedbirlere ait kararlar Cumhurbaşkanınca değerlendirilir. Millî Güvenlik Kurulunun gündemi; Cumhurbaşkanı yardımcıları ve Genelkurmay Başkanının önerileri dikkate alınarak Cumhurbaşkanınca düzenlenir. Cumhurbaşkanı</p> | <p>“b) Millî Güvenlik Kurulu.</p> <p>MD. 111- (20.9.1971-1488) Millî Güvenlik Kurulu, Başbakan, Genelkurmay Başkanı ve kanunun gösterdiği bakanlar ile Kuvvet Komutanlarından kuruludur. Millî Güvenlik Kuruluna Cumhurbaşkanı Başkanlık eder; bulunmadığı zaman, bu görevi Başbakan yapar. Millî Güvenlik Kurulu, millî güvenlik ile ilgili kararların alınmasında ve koordinasyonun sağlanmasında gerekli temel görüşleri Bakanlar Kuruluna tavsiye eder.”</p> |

vazedilmiştir. Anayasanın bu hükümleri çerçevesinde Millî Güvenlik Kurulu ile ilgili düzenleme yapılmış bulunmaktadır. 12 Eylül 1980 öncesi devlete müteveccih iç tehditlerin ulaştığı boyutlar ve 'bu tehditler karşısında Millî Güvenlik Kurulunun tetkik, araştırma ve incelemeleri sonucu tespit ettiği ve büyük 'bir çoğunlukla 12 Eylül'den sonra uygulanan tedbirlerin, zamanın yürütme, yasama ve yargı organlarınca yerine getirilmemesi veya istenilen şekil veya düzeyde uygulamaya konulmaması sonucu hasıl olan durumlarla tekrar karşılaşmayı önlemek için Anayasanın öngördüğü esaslar çerçevesinde kurulun ve Genel Sekreterliğin görev, yetki ve çalışma usulleri yeni tasarıda yer almış bulunmaktadır. Anayasanın 118 inci maddesinin son fıkrası Millî Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliğinin teşkilat ve görevlerinin kanunla düzenlenmesini amir bulunduğu tasarinin III üncü kısmında bu hususa yer verilmiştir. Millî Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliği görev ve yetki bakımından iki yönlü fonksiyona sahip olduğu için düzenlemeler buna göre yapılmıştır. Millî Güvenlik Kurulunun görevleriyle ilgili hükümler yanında, Millî güvenliğin sağlanmasından sorumlu olan Bakanlar Kurulunun bu konudaki görevlerinin yerine getirilmesinde araştırmacı, inceleyici, düzenleyici, yönlendirici, koordine edici, değerlendirci, takip ve kontrol edici bir teşkilat olarak gendi sekreterliğe görev ve yetkiler verilmiştir. Halen bu görev ve yetkiler Genel Sekreterlik tarafından yerine getirilmekte ve kullanılmakta olduğundan ve başkaca bir kuruluşa da bu görevler Anayasa ve kanunlarla verilmediğinden fiilî durum bu tasarı ile yasal hale getirilmiştir. Madde gerekçelerinde bu konuda daha geniş açıklamalar mevcuttur.” Bkz. TBMM Tutanak Dergisi, https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/MGK_/d01/c011/mgk_01011176ss0702.pdf, E. T. 22.08.2020.

| | |
|--|--|
| <p><i>katılmadığı zamanlar Millî Güvenlik Kurulu Cumhurbaşkanı yardımcısının başkanlığında toplanır. (4) Millî Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliğinin teşkilatı ve görevleri Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenir.”</i></p> | |
|--|--|

Tablo 3: Millî Güvenlik Kurulu 1982 ve 1961 Anayasaları Karşılaştırma

Milli Güvenlik Kurulunun yapısı bakımından 1982 Anayasası önemli değişikliklere imza atmıştır. Söz gelimi, kurulun üye sayısı asker üyeler lehine değişmiş ve bakan üyelerin sayısı ve kim olacağı 1961 Anayasasından farklı olarak yürütmeye bırakılmamış ve Anayasa Koyucu bunu bizzat kendisi sayma usulü ile tespit etmiştir. 1961 Anayasasındaki “*tavsiye eder*” ibaresi ise tekrar “*bildirir*” şeklinde formüle edilmiştir. Yine yapılan değişiklikle Bakanlar Kurulu MGK’nın kararlarını öncelikle dikkate almak zorunda oluşu hususu Kurulun artık kuruma dönüştüğü ve askeri vesayet anlayışının ve askeri gücün etki alanının ve özerkliğinin genişlediği şeklinde yorumlara neden olmuştur.⁹⁸ Bir görüşe göre mezkûr ifade ne kadar güçlü olursa olsun hukuki olmaktan çok siyasi ve moral açıdan etkisi olan bir ifadedir. Bu sistemde de MGK hala istişari ve yardımcı bir organdır. Son söz her halükârda Bakanlar Kuruluna ait olup Bakanlar Kurulu MGK’ya değil TBMM’ye hesap vermek zorundadır.⁹⁹

Millî Güvenlik Kurulu yapısında 2001 ve 2017 yıllarında köklü değişiklikler yapılmıştır. 2001 yılında 4709 sayılı Kanun’la yapılan değişiklik ile MGK’da, Başbakan, Genelkurmay Başkanı, Savunma, İçişleri, Dışişleri Bakanları, Kara, Deniz ve Hava Kuvvetleri komutanları ile Jandarma Genel Komutanının yanı sıra Başbakan Yardımcıları ve Adalet Bakanı da yer almış, MGK’da alınacak kararların “*...Bakanlar Kurulu’nca öncelikle dikkate alınacağı*” şeklindeki ifade, “*...Bakanlar Kurulu’nca değerlendirilir*” olarak değiştirilmiştir. 2017 Anayasa değişikliği kapsamında 6771 sayılı Kanun’un 16. maddesi ile; 1. fıkrada yer alan “*Başbakan, Genelkurmay Başkanı, Başbakan yardımcıları,*” ibaresi “*Cumhurbaşkanı yardımcıları,*” şeklinde, “*Kara, Deniz ve Hava Kuvvetleri Komutanları ve Jandarma Genel Komutanından*” ibaresi “*Genelkurmay Başkanı, Kara, Deniz ve Hava Kuvvetleri komutanlarından*” şekline, 3. fıkrada yer alan “*Bakanlar Kuruluna*” ibaresi “*Cumhurbaşkanına*” şeklinde; “*Bakanlar Kurulunca*” ibaresi “*Cumhurbaşkanınca*” şeklinde, 4. fıkrada yer alan “*Başbakan*” ibaresi “*Cumhurbaşkanı yardımcıları*” şeklinde, 5. fıkrada yer alan “*Başbakanın*” ibaresi “*Cumhurbaşkanı yardımcısının*” şeklinde, 6. fıkrada yer alan “*kanunla*” ibaresi “*Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle*” şeklinde değiştirilmiştir.¹⁰⁰

2017 Anayasa değişikliği ile, Anayasa’nın md. 118/son fıkrasında yer alan “*Millî Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliğinin teşkilatı ve görevleri Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile*

⁹⁸ Sezen, s. 71; Öngen, Tülin. “Türkiye’de Siyasal Kriz ve Krize Müdahale Stratejileri: “Düşük Yoğunluklu Çatışma”dan “Düşük Yoğunluklu Uzlaşma” Rejimine”, *Süreklî Kriz Politikaları*, Der. Neşecan Balkan ve Sungur Savran, Metis Yayınları, İstanbul, 2004, s. 94.

⁹⁹ Tunç-Döner, s. 18.

¹⁰⁰ 11 Şubat 2017 Tarihli ve 29976 Sayılı Resmî Gazete, <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2017/02/20170211.htm>, E. T. 22.04.2020.

düzenlenir” hükmü gereğince 6 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile Genel Sekreterliğin görevleri belirlenmiştir.¹⁰¹

İlk defa 1961 Anayasası ile kurulan Millî Güvenlik Kurulu (MGK) Avrupa Birliği üyelik süreci çerçevesinde gerçekleştirilen Anayasal ve kanunî değişikliklerle 2003 yılında bazı görev ve yetkilerinde kısıtlamaya gidilmiş ve 2017 yılında yapılan Anayasa değişikliği ile bugünkü hâlini almıştır. Hâlihazırda, iki ayda bir Cumhurbaşkanı'nın başkanlığında, Cumhurbaşkanı Yardımcısı, Adalet, Millî Savunma, İçişleri ve Dışişleri Bakanları ile Genelkurmay Başkanı, Kara, Deniz ve Hava Kuvvetleri Komutanlarının katılımı ile toplanan ve millî güvenlik konularının ve tehditlere karşı tavsiye kararlarının en üst seviyede ele alındığı Anayasal bir organ durumundadır.

Yeni sistemde Kurul toplantıları Cumhurbaşkanının başkanlığında yapılmakta, kararları çoğunlukla alınmakta ve eşitlik hâlinde Kurul başkanının bulunduğu taraf çoğunluğu sağlamış sayılmaktadır. Kurul, doğrudan Cumhurbaşkanının çağrısı ile de toplanabilir. Kurulun gündemi Cumhurbaşkanı tarafından düzenlenir. Gündem hazırlanırken Cumhurbaşkanı Yardımcıları, Kurul üyesi bakanlar ile diğer bakanlar ve Genelkurmay Başkanı'nın gündeme girmesini istedikleri konular, Millî Güvenlik Kurulu Genel Sekreteri vasıtasıyla Cumhurbaşkanına sunulmaktadır. Kurul toplantılarına üyeler dışında, gündemin özelliğine göre ilgili bakan ve kişiler de çağrılarak bilgi ve görüşleri alınabilmektedir.

| <i>1982 Anayasasına Göre MGK</i> | <i>2001 Yılı Değişikliği Sonrası MGK</i> | <i>2017 Yılı Değişikliği Sonrası MGK</i> |
|---|---|---|
| <i>“MD. 118- Millî Güvenlik Kurulu, Cumhurbaşkanının başkanlığında, Başbakan, Genelkurmay Başkanı, Millî Savunma, İçişleri, Dışişleri Bakanları, Kara, Deniz ve</i> | <i>“MD. 118- Millî Güvenlik Kurulu; Cumhurbaşkanının başkanlığında, Başbakan, Genelkurmay Başkanı, Başbakan yardımcuları,</i> | <i>“Md. 118 –Millî Güvenlik Kurulu; Cumhurbaşkanının başkanlığında, Cumhurbaşkanı yardımcuları, Adalet,</i> |

¹⁰¹ “Görevler

MD. 8 - (1) Genel Sekreterliğin görevleri şunlardır:

- a) Cumhurbaşkanı yardımcuları, kurul üyesi bakanlar ile diğer bakanlar ve Genelkurmay Başkanının gündeme girmesini istedikleri konuları Cumhurbaşkanına sunmak.*
- b) Cumhurbaşkanınca düzenlenen gündemi Kurul üyelerine dağıtmak.*
- c) Kurul toplantıları için toplantı yerinin hazırlanmasını sağlamak; toplantı tutanaklarını Cumhurbaşkanının belirleyeceği usule göre tutmak; toplantı sonucunda alınacak karar ve basın bildirisini taslağını hazırlayarak Kurula sunmak ve Kurul tarafından onaylanmasının ardından Kurul kararlarını imzalatılarak bir nüshasını Cumhurbaşkanına sunmak, Kurul kararlarının bir nüshası ile görüşme tutanaklarını Genel Sekreterlik arşivinde muhafaza etmek; basın bildirisini basın ve yayın kuruluşlarına dağıtmak.*
- ç) Kurulun her türlü yazı işlerini yürütmek.*
- d) Kurul tarafından verilen görevleri yerine getirmek; bu çerçevede söz konusu görevlere ilişkin araştırma ve değerlendirme yapmak ve yaptırmak, bu araştırma ve değerlendirme sonuçlarını Kurul üyelerine ulaştırmak ve bu konuları kapsayan bir dokümantasyon merkezi oluşturmak.*
- e) Millî güvenliğin sağlanması ve millî hedeflere ulaşılması amacı ile Kurulun belirlediği görüşler dâhilinde iç, dış ve savunma hareket tarzlarına ait esasları kapsayan Millî Güvenlik Siyaseti Belgesinin hazırlanmasına ilişkin çalışmalarını yürütmek.*
- f) Diğer mevzuatla Genel Sekreterliğe verilen görevleri yerine getirmek.*
- g) Cumhurbaşkanı tarafından verilen diğer görevleri yapmak.”*

| | | |
|---|--|---|
| <p><i>Hava Kuvvetleri Komutanları ve Jandarma Genel Komutanından kurulur.</i></p> <p><i>Gündemin özelliğine göre Kurul toplantılarına ilgili bakan ve kişiler çağırılıp görüşleri alınabilir.</i></p> <p><i>Millî Güvenlik Kurulu; Devletin millî güvenlik siyasetinin tayini, tespiti ve uygulanması ile ilgili kararların alınması ve gerekli koordinasyonun sağlanması konusundaki görüşlerini Bakanlar Kuruluna bildirir. Kurulun, Devletin varlığı ve bağımsızlığı, ülkenin bütünlüğü ve bölünmezliği, toplumun huzur ve güvenliğinin korunması hususunda alınmasını zorunlu gördüğü tedbirlere ait kararlar Bakanlar Kurulunca öncelikle dikkate alınır.</i></p> <p><i>Millî Güvenlik Kurulunun gündemi; Başbakan ve Genelkurmay Başkanının önerileri dikkate alınarak Cumhurbaşkanınca düzenlenir.</i></p> <p><i>Cumhurbaşkanı katılmadığı zamanlar Millî Güvenlik Kurulu Başbakanın başkanlığında toplanır.</i></p> <p><i>Millî Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliğinin teşkilatı ve görevleri kanunla düzenlenir.”</i></p> | <p><i>Adalet, Millî Savunma, İçişleri, Dışişleri Bakanları, Kara, Deniz ve Hava Kuvvetleri Komutanları ve Jandarma Genel Komutanından kurulur.</i></p> <p><i>Gündemin özelliğine göre Kurul toplantılarına ilgili bakan ve kişiler çağırılıp görüşleri alınabilir.</i></p> <p><i>Millî Güvenlik Kurulu; Devletin millî güvenlik siyasetinin tayini, tespiti ve uygulanması ile ilgili alınan tavsiye kararları ve gerekli koordinasyonun sağlanması konusundaki görüşlerini Bakanlar Kuruluna bildirir. Kurulun, Devletin varlığı ve bağımsızlığı, ülkenin bütünlüğü ve bölünmezliği, toplumun huzur ve güvenliğinin korunması hususunda alınmasını zorunlu gördüğü tedbirlere ait kararlar Bakanlar Kurulunca değerlendirilir.</i></p> <p><i>Millî Güvenlik Kurulunun gündemi; Başbakan ve Genelkurmay Başkanının önerileri dikkate alınarak Cumhurbaşkanınca düzenlenir.</i></p> <p><i>Cumhurbaşkanı katılmadığı zamanlar Millî Güvenlik Kurulu Başbakanın başkanlığında toplanır.</i></p> <p><i>Millî Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliğinin teşkilatı ve görevleri kanunla düzenlenir.”</i></p> | <p><i>Millî Savunma, İçişleri, Dışişleri Bakanları, Genelkurmay Başkanı, Kara, Deniz ve Hava kuvvetleri komutanlarından kurulur.</i></p> <p><i>Gündemin özelliğine göre Kurul toplantılarına ilgili bakan ve kişiler çağırılıp görüşleri alınabilir.</i></p> <p><i>Millî Güvenlik Kurulu; Devletin millî güvenlik siyasetinin tayini, tespiti ve uygulanması ile ilgili alınan tavsiye kararları ve gerekli koordinasyonun sağlanması konusundaki görüşlerini Cumhurbaşkanına bildirir. Kurulun, Devletin varlığı ve bağımsızlığı, ülkenin bütünlüğü ve bölünmezliği, toplumun huzur ve güvenliğinin korunması hususunda alınmasını zorunlu gördüğü tedbirlere ait kararlar Cumhurbaşkanınca değerlendirilir.</i></p> <p><i>Millî Güvenlik Kurulunun gündemi; Cumhurbaşkanı yardımcıları ve Genelkurmay Başkanının önerileri dikkate alınarak Cumhurbaşkanınca düzenlenir.</i></p> <p><i>Cumhurbaşkanı katılmadığı zamanlar Millî Güvenlik Kurulu Cumhurbaşkanı yardımcısının başkanlığında toplanır.</i></p> |
|---|--|---|

| | | |
|--|--|--|
| | | <i>Millî Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliğinin teşkilatı ve görevleri Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenir.”</i> |
|--|--|--|

Tablo 4: 1982 Anayasası’nda MGK (md. 118)

Tabloda da görüldüğü gibi, 1961 Anayasası döneminde tavsiye kararları mahiyetinde olan MGK kararları 1982 Anayasası’nda “*alınması zorunlu görülen kararlar*” şekline bürünmüş ve Bakanlar Kurulunun bu kararlarının öncelikle dikkate alacağı belirtilmiştir. 2001 değişikliğinde anılan ibare “*alınan tavsiye kararları ve gerekli koordinasyonun sağlanması konusundaki görüşlerini Bakanlar Kuruluna bildirir. Kurulun, Devletin varlığı ve bağımsızlığı, ülkenin bütünlüğü ve bölünmezliği, toplumun huzur ve güvenliğinin korunması hususunda alınmasını zorunlu gördüğü tedbirlere ait kararlar Bakanlar Kurulunca değerlendirilir.*” şekline evrilmiştir. O halde 2001 değişikliği ile yürütme MGK kararlarını değerlendirecektir. 2017 Anayasa değişikliğinde ise 2001 değişikliği ile getirilen yapı bozulmamış sadece “*Bakanlar Kurulu*” ibaresi yerini “*Cumhurbaşkanına*” bırakmıştır.

Millî Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliği, 01 Kasım 1983 gün ve 2945 sayılı Millî Güvenlik Kurulu ve Millî Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliği Kanunu ile kurulmuştur. Bu düzenleme ile MGK, istisnai personel yapısı, bütçesi, gizli gizlilik derecesindeki yönetmeliği ve fiziki olanaklarıyla daha güçlü ve organize yapıya sahip bir kurum hüviyeti kazanmıştır.¹⁰² Kanun’da AB müktesebatına uyum amacıyla 2003 yılında 4789 sayılı Kanun’la köklü değişiklikler yapılmış,¹⁰³ bu değişikliklerle 2945 sayılı Kanun’da Millî Güvenlik Kurulunun görevi ile ilgili olarak yer alan ifadeler, “*Millî Güvenlik Kurulu, 2’nci maddede belirtilen millî güvenlik ve Devletin güvenlik siyasetine ilişkin tanımlar çerçevesinde Devletin millî güvenlik siyasetinin tayini, tespiti ve uygulanması ile ilgili konularda tavsiye kararları alır ve gerekli koordinasyonun sağlanması için görüş tespit eder; bu tavsiye kararlarını ve görüşlerini Bakanlar Kuruluna bildirir ve kanunlarla verilen görevleri yerine getirir*” şeklinde değiştirilmiştir.¹⁰⁴

¹⁰² Sezen, s. 74.

¹⁰³ 18 Ocak 2003 tarihli ve 24997 sayılı Resmî Gazete, <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2003/01/20030118.htm>, E. T. 22.04.2020.

¹⁰⁴ “1982 Anayasasında görülen ikiciliklerden bir diğeri ‘sivil otorite- askerî otorite’ ilişkisi bağlamında açığa çıkmaktadır. Gerçekten de 1982 Anayasasının kurduğu politiko-juridik düzen içinde askerî otorite lehine ve sivil otorite aleyhine aşırı bir güçlendirme eğilimi ortaya çıkmaktadır. Anayasa (md.118)’de düzenlenen Millî Güvenlik Kurulunun görev ve yetkileri buna örnektir. Her ne kadar yakın tarihli yasal değişikliklerle Millî Güvenlik Kurulunun görev ve yetki alanında bir daraltma gözlemlenmekteyse de, bu organın ideolojik misyon ve işlevi, kamuoyuna reform olarak sunulan yasal değişikliklere rağmen halen yürürlüktedir. Millî Güvenlik Kurulu varlığı ve işlevi ile, ‘Devlet politikası’ üretim aygıtlarının başında gelmektedir. ‘Devlet politikası’ alanı, önsel olarak bir dokunulmazlık, eleştirilmezlik zırhıyla korunan bir alan anlamına gelir. Bu alana giren konularda farklı görüşlerin üretilmesi hem bilgi edinme imkanının olmamasından ötürü olanaksızdır, hem de farklı görüş üretilse bile bunun ifadesi cezai yaptırımlara bağlanmıştır. Bu bağlamda özellikle ‘millî güvenlik siyaseti’ kavramının açılan bu dava açısından da etkileyici olduğunu ifade etmek zorundayız. Sivil otoriteyi askerî otorite karşısında daha geri plana iten anlayış ve yaklaşımla biçimlendirilen Anayasal normlar ve bunlara paralel alt derece mevzuatın doğurduğu ikinci sonuç, askerî bürokrasiye ya da genel olarak ülkenin güvenlik bürokrasisine ilişkin konularda, değil eleştiri üretilmesi, bir görüş sahibi olmanın ön koşulu olan bilgi edinilmesinin bile güçleştirilmesi yahut tamamen olanaksız hale getirilmesidir. Bir konu, bilgi edinmenin sınırları dışına çıkartıldığında, dokunulamaz ve sorgulanamaz alan yaratılmış demektir. Bunun yasal teknikleri ‘devlet sırrı, gizlilik ve millî güvenlik’ gibi ölçütlere başvurulmuş yapılmaktadır. Bundan ötürü

Ayrıca MGK’ya Kurul kararlarının dağıtım ve takibi yetkisini veren 9. Madde, Genel Sekreterliğin yetkilerini düzenleyen 14. madde ve Bakanlıklar, kamu kurum ve kuruluşları ile özel hukuk tüzel kişilerin her türlü bilgi ve belgeyi istenildiğinde MGK’ya verilmesi gerektiğini düzenleyen 19. madde yürürlükten kaldırılmıştır. Bu değişikliklerle 1961’den 1982 Anayasası dönemine kadar uzanan MGK’nın askerileştirilmesi şeklindeki trend kırılarak, kısmen de olsa MGK’ya danışma organı olma niteliği kazandırmak amaçlanmıştır.

Sonuç

Siyasal iktidarlar zaman zaman insanların ve toplumun güvenlik endişelerini suiistimal etmek eğiliminde olurlar. Böyle dönemlerde temel hak ve özgürlükler güvenlik politikalarına feda edilerek “*kamu düzeni*”, “*millî güvenlik*” gibi söylemlerle özgürlük alanı daraltılarak güvenlik politikaları ağırlık kazanır. Böylelikle güvenlik-özgürlük dengesi güvenlik lehine bozulmuş olur. “*Güvenikleştirme*” kavramı olarak ifade edilen bu olgu yönetici elitlere veya iktidarlara bazı politikaları yürürlüğe sokabilmeleri adına hukuk bariyerlerini aşmaları konusunda yardımcı olur. Korku ile beslenen toplum güvenlikçi politikalara destek verir.

Her toplum türü ve her tarihsel dönem kendine has korkulara sahiptir. Günümüz dünyasındaki belirsizlikler korku ve güvensizliği beslemektedir. Nitekim, modern toplumlarda her yeni fenomen panik dalgasına ve aşırı tepkilere yol açmaktadır. Depremler, terörizm, savaş suçları, salgın hastalıklar uzak bir gerçeklik olmaktan çıkmıştır. Üstelik korku duygusu tüketim ve politik meta haline de dönüştürülmüştür. Dolayısıyla günümüzde korkunun hacmi ve yoğunluğu gerçek tehlikenin ağırlığını yansıtmaktan uzaktır. Sonu gelmeyen güvenlik uyarıları, savaş çığırtkanlığı, işkencenin haklılaştırılmasına yönelik söylemler, keyfi hapisler ve terör, tersine etki göstererek dünyayı çok daha kötü bir yere dönüştürmektedir. Ezcümle, son çeyrek yüzyıla damgasını vuran güvenikleştirme politikalarının en büyük etkisi tehlike ve risklerin arttığı ve güvensizlik algısının derinleştiği bir dünyadır.¹⁰⁵

Yaygınlaşan güvensizlik algısını bertaraf edebilmek amacıyla ulusal güvenlik kavramı XX. yüzyılın ikinci yarısından itibaren hayata geçirilen uluslararası sözleşmelerde, temel hak ve hürriyetlere yönelik kısıtlama için sayılan meşru sebepler arasında yer almıştır. Uluslararası arenada yaşanan gelişmelere paralel olarak güvenlik kavramı iç hukukta etkisini Soğuk Savaş yıllarının başından itibaren göstermeye başlamış, öncelikle kanun ve yönetmelik düzeyinde yapılan mevzuat çalışmaları nihayet 1961 Anayasası ile anayasal bir kavram olarak kavramın mevzuattaki yerini sağlamlaştırmıştır.

1961 ve sonrasında yapılan anayasalarda milli güvenlik kavramının iki ayrı yönü ön plana çıkmaktadır. Bunlardan ilki kavramın temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasında meşru bir sınırlama sebebi olması, diğeri ise anayasal bir kurum olan Milli Güvenlik Kurulu bünyesinde bekaya yönelik tehlikelere karşı koruyucu bir kalkan olarak görünümüdür. 1982 Anayasası selefine göre temel hak ve özgürlüklerin alanın daraltıldığı, millî güvenlik endişesinin daha ön

de, bu çerçevede yer alan konuları düşünmek, ifade etmek, eleştirmek evleviyetle ceza yaptırımlarına bağlanan alanlar haline getirilmiştir.” Bkz. AYM, 11.12.2009, 2007/1 E, 2009/4 K.

¹⁰⁵ Bauman, Zygmunt - Donskis Leonidas. *Ahlaki Körlük Akışkan Modernlikte Duyarlılığın Yitimi*, Çev. Pilgir, Akın Emre, Ayrıntı, 1. Baskı, İstanbul, 2020, s. 123-133.

planda olduğu bir dönemdir. Bu minvalde 1982 Anayasası’nda temel hak ve hürriyetlerin kısıtlama nedeni olarak millî güvenlik kavramına yapılan atıf sayısında artış yaşanmış, güvenlik-özgürlük dengesi bakımından terazinin dengesi güvenlik lehine bozulmuştur.

XXI. yüzyılda, özellikle mukayeseli hukukta, Soğuk Savaş Döneminden kalma reel-politik güvenlik anlayışının geride kaldığı, güvenlik denilince salt devletin güvenliğinden ziyade kişisel güvenlik, toplum güvenliği, siber güvenlik, ekonomi güvenliği ve bilgi güvenliği konularının gündeme geldiği görülmektedir. Artık daha çok mülteciler, salgın hastalıklar, sınır anlaşmazlıkları, terörizm, siber saldırılar, ekonomik spekülasyonlar, gıda güvenliği, suç örgütleri, salgın hastalıklar, iklim değişiklikleri, çevre güvenliği gibi konular da güvenlik ajandasına dahil olmuştur. Bir başka deyişle, devletin güvenliği yerine bireyin veya toplumun güvenliği ön plandadır. Mukayeseli hukukta ileri demokrasiler olarak tanımlanabilecek devletlerin gerek anayasalarında gerekse diğer (bilgi edinme kanunları gibi) birincil ve ikincil düzeydeki mevzuatlarında bahse konu değişime ayak uydurulduğu, güvenlik özgürlük dengesi bakımından güvenlik kavramının birey ve toplum merkezli olarak ele alındığı bu sayede demokratikleşme ve şeffaflığa daha fazla odaklandıkları anlaşılmaktadır.

KAYNAKÇA

Akgüner, Tayfun, *1961 Anayasası’na Göre Milli Güvenlik Kavramı ve Milli Güvenlik Kurulu*, İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilimler Fakültesi Yay, Yayın No: 1, 1983.

Akıncı, Abdulvahap-Usta, Sefa, “Türkiye’de Çok Partili Hayata Geçişte Etkili Olan Dış Faktörlerin Değerlendirilmesi”, Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, C. 21, S. 1, Isparta, 2016.

Arends, J. Frederik M, “Homeros’dan Hobbes ve Ötesine: Güvenlik Kavramının Avrupa Geleneğindeki Boyutları”, Uluslararası İlişkiler, C. 6, S. 22, 2009.

Aybay, Rona, “Millî Güvenlik Kavramı ve Millî Güvenlik Kurulu”, Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, C. 33, S. 1, 1978.

Balta Paker, Evren, *Küresel Güvenlik Kompleksi/Uluslararası Siyaset ve Güvenlik*, 1.Baskı. İstanbul, İletişim Yayıncılık, 2012.

Balcı, Ali-Kardaş, Şaban, *Uluslararası İlişkilere Giriş*, 4. Baskı. Ankara, Küre, 2014.

Bauman, Zygmunt-Donskis, Leonidas, *Ahlaki Körlük Akışkan Modernlikte Duyarlılığın Yitimi*, Çev. Pilgir, Akın Emre, Ayrıntı, 1. Baskı, İstanbul, 2020.

Booth, Ken, “Security And Self Reflections of A Fallen Realist”, Critical Approaches to Security Studies, York University, Toronto, 12-14 Mayıs 1994, https://www.worldpulse.com/system/files/post/1721/16244/post_document/d1dec1b98eff27dcc5916cd1a6f9652f/kenboothsecurityandselfreflectionsoffallenrealist.pdf, E. T. 20.11.2020.

Bigo, Didier – Carrera, Sergio – Hernanz, Nicholas – Scherre, Amandine, “Citizens Rights And Constitutional Affairs, Justice, Freedom and Security National Security and Secret Evidence in Legislation and Before The Courts: Exploring The Challenges”, European Parliament Directorate- General For Internal Policies Policy Department, Brussels, European Union, 2014, [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2014/509991/IPOL_STU\(2014\)509991_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2014/509991/IPOL_STU(2014)509991_EN.pdf), E. T. 16.06.2020.

Buzan, Barry. *İnsanlar, Devletler & Korku*, Çev. Ed. Çıtak, Emre, 2. Basımdan Çeviri. İstanbul, Röle Akademik Yayıncılık, 2015.

Dedeoğlu, Beril, *Uluslararası Güvenlik ve Strateji*, 3.Baskı. İstanbul, Yenyüzyıl Yayınları, 2014.

Duran, Lütfi, *İdare Hukuku*, İstanbul, 1982.

- Dilber, Merve, “Feminizm ve Güvenlik”, Uluslararası İlişkilerde Güvenlik, Der. Emre Çıtak-Osman Şen, Uluslararası İlişkiler Kütüphanesi, 1. Basım, İstanbul, 2014.
- Gözler, Kemal, *Anayasa Hukukuna Giriş*, 17. Baskı, Ekin, Bursa, 2010.
- Gürpınar, Bulut. “Milli Güvenlik Kurulu ve Dış Politika”, Uluslararası İlişkiler, Cilt 10, Sayı 39 (Güz 2013), s. 73-104.
- Güveyi, Ümit, *Millî Güvenlik*, 1.Baskı. Ankara, Seçkin, 2016.
- İba, Şaban. *Milli Güvenlik Devleti*, Çivi Yazıları, İstanbul, 1999.
- Katzenstein, Peter J, *Millî Güvenlik Kültürü*, Dünya Siyasetinde Normlar ve Kimlik, Çev. Efe, İbrahim, 1. Basım. Sakarya, Sakarya Üniversitesi Kültür Yayınları, 2014.
- Kaymaz, Seydi, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Devlet Sırrı*, 2. Baskı, Seçkin, Ankara, 2020.
- Kardaş Tuncay, *Güvenlik*, Uluslararası İlişkilere Giriş, Ed. Kardaş, Şaban–Balcı, Ali, İstanbul, Küre, 2015.
- Nye, Joseph S. Jr.- Welch, David A, *Küresel Çatışmayı ve İşbirliğini Anlamak Kurama ve Tarihe Giriş*, İş Bankası Kültür Yayınları, V. Basım, İstanbul, 2018.
- Öngen, Tülin. “Türkiye’de Siyasal Kriz ve Krize Müdahale Stratejileri: “Düşük Yoğunluklu Çatışma”dan “Düşük Yoğunluklu Uzlaşma” Rejimine,” Sürekli Kriz Politikaları, Der. Neşecan Balkan ve Sungur Savran, Metis Yayınları, İstanbul, 2004.
- Örnekleriyle Türkçe Sözlük, Millî Eğitim Yayınları, İstanbul, 2000.
- Özbudun, Ergun, *Türk Anayasa Hukuku*, 19. Baskı, Yetkin Hukuk Yayınları, Ankara, 2019.
- Özdağ, Ümit, “Devlet Yönetiminde İstihbarat ve Karşı İstihbarat”, Millî Güvenlik Teorisi, 1. Baskı, Ankara, Kripto, 2015.
- Pieterse, J. “Fukuyama, Liberal Democracy and the New World Order: Back to the End of History”, *Itinerario*, 16 (2), 1992, s. 9-22, <https://www.cambridge.org/core/journals/itinerario/article/abs/fukuyama>, E. T. 01.04.2022.
- TDK Sözlükleri, *Güncel Türkçe Sözlük*, <https://sozluk.gov.tr/>, E. T. 02.02.2020.
- Sandıklı Atilla- Emeklier Bilgehan, “Güvenlik Yaklaşımlarında Değişim ve Dönüşüm”, Uluslararası Balkan Kongresi, 8-29 Nisan 2011, Kocaeli.
- Sezen, Seriyе, “Milli Güvenlik Kurulu Üzerine”, *Amme idaresi Dergisi*, Cilt 33, Sayı 4, 2000. s. 63-83.
- Şen, Osman, “Klasik Realizmin Güvenliğe Bakışı ve Kökenleri”, Uluslararası İlişkilerde Güvenlik, Der. Çıtak, Emre-Şen Osman, Uluslararası İlişkiler Kütüphanesi, 1. Basım, İstanbul, 2014.
- Tanör, Bülent, *Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri*, 32. Bası, İstanbul, Yapı-Kredi Yayınları, 2019.
- Tanör, Bülent, *İki Anayasa 1961-1982*, 5. Baskıdan Tıpkı Basım, On İki Levha, İstanbul, 2019.
- Torun Abdullah. “Türkiye’de Ulusal Güvenliğin Yasal ve Kurumsal Mekanizması: Milli Güvenlik Kurulu”, İnönü Üniversitesi Uluslararası Sosyal Bilimler Dergisi, Cilt 6, Sayı 2, 2017, s. 49-67.
- Tunç Hasan-Döner Ayhan. “MGK ve Milli Güvenlik Kavramı”, Selçuk Üniversitesi MYO Sosyal Bilimler Dergisi, Sayı 1, 1998, s. 3-22.
- Ünver, H. Akın, “Dijital Gözetleme, Millî güvenlik ve Özel Hayatın Gizliliği Siyaseti”, *Siber Politikalar ve Dijital Demokrasi*, 2018/4, Ekonomi ve Dış Politika Araştırma Merkezi, İstanbul, 2018.
- Varlık Ali Bilgin, “Ulusal Güvenlik”, Millî Güvenlik Teorisi, (Ed. Özdağ Ümit), 1.Baskı, Ankara, Kripto, 2015.

Waewer, Ole, “Toplumsal Güvenliğin Değişen Gündemi”, Uluslararası İlişkiler, C. 5, S. 18, Ankara, 2008.

Wolfers, Arnold, “National Security as an Ambiguous Symbol”, Political Science Quarterly, C. 67, S. 4, 1952, https://www.jstor.org/stable/2145138?read-now=1&seq=1#page_scan_tab_contents, E. T. 10.08.2020.

Yalçın, Hasan Basri. *Ulusal Güvenlik Stratejisi*, 1.Baskı, İstanbul, Setta, 2017.

Yavuz Yayla, Ebru, “Basın Özgürlüğü ve Millî Güvenlik Kapsamında Sınırları”, Doktora Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2019.

İNTERNET KAYNAKLARI

ABD Ulusal Arşivleri (National Arhives), Federal Register, <https://www.federalregister.gov/documents/2014/07/30/2014-17836/classified-national-security-information> E. T. 6.02.2020.

BM Kalkınma Programı, <http://www.tr.undp.org/content/turkey/tr/home/library/national-hdrs/nhdr-1994.html>, E. T. 15.02.2020.

Britannica Ansiklopedisi, <https://www.britannica.com/topic/National-Security-Act>, E.T.30.08.2020.

İtalya Cumhuriyeti'nin Güvenliği İçin Bilgi Sistemi, <https://www.sicurezza.gov.it/sisr.nsf/documentazione/normativa-di-riferimento/legge-124-2007.html>, E.T. 07.10.2020.

JSTOR, <https://www.jstor.org/stable/resrep14280.4>, E. T. 25.03.2020.

Milli Güvenlik Kurulu, <https://www.mgk.gov.tr/index.php/kurumsal/hakkimizda>, E.T. 02.08.2020.

Millî Savunma Yüksek Kurulu Kanunu Tasarısı ve Millî Savunma Komisyonu Raporu, <https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d08/c019/tbmm08019096ss0206.pdf>, E.T. 02.08.2020.

Resmî Gazete, 18 Ocak 2003 Tarih, Sayı: 24997, <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2003/01/20030118.htm>, E. T. 22.04.2020.

Resmî Gazete, 7 Haziran 1963, S. 11422, <https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/11422.pdf>, E.T. 27.04.2020.

Resmî Gazete, 19 Aralık 1962, S. 11286, <https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/11286.pdf>, E.T. 26.04.2020.

TBMM Tutanak Dergisi, https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/MGK/d01/c011/mgk_01011176ss0702.pdf, E. T. 22.08.2020.

TBMM Tutanak Dergisi, <https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d05/c012/tbmm05012078ss0250.pdf>, E. T. 01.10.2020.

TBMM Tutanak dergisi, https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/CS/t10/c067/cs__10067113ss1661.pdf, E. T. 15.08.2020.

TBMM Tutanak Dergisi, https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc046/kanuntbmmc046/kanuntbmmc04600129.pdf, E. T. 16.08.2020.

TBMM Tutanak Dergisi, https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/MGK/d01/c011/mgk_01011176ss0702.pdf, E. T. 22.08.2020.

TBMM Tutanak Dergisi, https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TM_/d00/c002/tm00002034ss0035.pdf, E. T. 06.10.2020.

Resmî Gazete, Tarih: 30 Haziran 1981, Mükerrer Sayı: 17386, https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/17386_1.pdf, E. T. 25.04.2020.

Resmî Gazete, 22 Ekim 2001 tarih, Sayı: 24561 Mükerrer, <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2001/10/20011022M1.htm>, E. T. 25.04.2020.

Resmî Gazete, 18 Ocak 2003 Tarih, Sayı: 24997, <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2003/01/20030118.htm>, E. T. 22.04.2020.

Birleşik Krallık Mevzuat Sistemi, <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1989/5/section/1>, E.T. 17.09.2020.

12 Mayıs 1949 tarihli TBMM Milli Savunma Komisyon Raporu, <https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d08/c019/tbmm08019096ss0206.pdf>, E. T. 02.08.2020.

3 Haziran 1949 tarihli ve 7223 sayılı Resmî Gazete, https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc031/kanuntbmmc031/kanuntbmmc03105399.pdf, E.T. 02.08.2020.

11 Şubat 2017 Tarihli ve 29976 Sayılı Resmî Gazete, <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler;/2017/02/20170211.htm>) E. T. 22.04.2020.

5399 sayılı Kanun gerekçesi, https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/CS_/t02/c007/cs__02007015ss0015.pdf, E. T. 27.11.2020.

Egemenlik Kavramı ve Siyasi Düşünürler

Mevlüt Alper KAYA 

Proje Asistanı, KTO Karatay Üniversitesi, Hukuk Fakültesi alper.kaya@karatay.edu.tr (Sorumlu Yazar /
Corresponding Author)

| Makale Bilgileri | ÖZ |
|--|--|
| <p>Makale Geçmişi Geliş: 05.03.2021 Kabul: 30.05.2022 Yayın: 02.06.2022</p> <p>Anahtar Kelimeler: Egemenlik, Machiavelli, Bodin, Hobbes, Rousseau.</p> | <p>Egemenlik kavramı, ortaya çıktığı tarihten günümüze kadar devlete ilişkin en önemli konularından biri olarak siyaset biliminde ve kamu hukukunda merkezi bir yer işgal etmiştir. Devletin kurucu unsurlarından biri olan egemenlik, modern devlet ile birlikte Avrupa’da ortaya çıkmıştır. Önce mutlak monarşiler biçiminde fiilen beliren egemenliğin bir kavram haline dönüşmesinde Machiavelli, Bodin, Hobbes ve Rousseau gibi önemli siyaset düşünürlerinin etkisi büyüktür. Egemenlik ortaya çıktığı tarihten günümüze kadar aynı kalmamış, tarihsel süreçte yaşanan gelişmeler kavramın dönüşmesine neden olmuştur. Başlangıçta kaynağının Tanrı’da olduğu düşünülen egemenlik, aşkın bir kavram olarak değerlendirilmiştir. Zaman içinde tanrısal bağlarından kopmuştur. Önce laik bir nitelik kazanan kavram ardından demokratik bir kimliğe bürünmüştür. Çalışmada egemenlik kavramının farklı boyutları ve tarihi süreç içerisinde değişen anlamı, siyasi düşünürlerin görüşleri etrafında incelenmiştir. Kavramın aşkın ve metafizik niteliğinin halen devam ettiği sonucuna ulaşılmıştır.</p> |

The Concept of Sovereignty and Political Thinkers

| Article Info | ABSTRACT |
|--|--|
| <p>Article History Received: 05.03.2021 Accepted: 30.05.2022 Published: 02.06.2022</p> <p>Keywords: Sovereignty, Machiavelli, Bodin, Hobbes, Rousseau.</p> | <p>The concept of sovereignty has taken a central place in political science and public law as one of the most important issues regarding the state since its emergence. The notion of Sovereignty, which is one of the constituent elements of the state, has emerged in Europe with the burgeoning of modern state. Important political thinkers such as Machiavelli, Bodin, Hobbes and Rousseau had a big influence in transforming sovereignty, which first appeared effectively in the form of absolute monarchies, into a concept. The notion of sovereignty has not remained in the same vein since its emergence, the developments in the historical process have lead to the concept to transform into new aspect. Sovereignty, originally thought to have its source in God, was evaluated as a transcendent concept. Over time, it has been severed from its divine bonds. First, the concept gained a secular quality and then took on a democratic identity. In the study, the different dimensions of the concept of sovereignty and its changing meaning in the historical process were examined in the context of the opinions of political thinkers. It was concluded that the concept still has a transcendent and metaphysical character.</p> |

Atıf/Citation: Kaya, M. A. (2022). Egemenlik Kavramı ve Siyasi Düşünürler, *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 5(1), s.213-235.

Plagiarism: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. // This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.



“This article is licensed under a [Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/). (CC BY-NC 4.0)”

GİRİŞ

Tarihsel süreç, insanların üstün bir otorite tarafından yönetilmeden düzen içinde yaşayabilmelerinin mümkün olmadığını göstermiştir. Belirli bir toprak parçası ve belirli bir insan topluluğu üzerinde teşkilatlanmış bir örgüt olan devlet, insanların yönetilmesi meselesi ile ilgilenmektedir. İnsanların güven içerisinde bir arada yaşamalarını sağlamak için yönetim sürecini yürüten devlet, üstün bir otorite olarak kurallar koyma, kurallara uymayı sağlama, emir verme, cezalandırma gibi yetkilerle mücehhezdir. Devlet bu yetkileri kullanarak insanların uymak zorunda oldukları işlemler tesis eder. Bu noktada uyulması zorunlu olan tasarruflarda bulunma imkânını devlete veren bir kavram olarak “egemenlik” ortaya çıkmaktadır. Bu yönüyle devletin hükmetme yetkisini meşrulaştıran başlıca araç olan egemenlik “bir devletteki üstün emretme gücü”dür¹.

Egemenlik kavramı 16. yüzyılda modern devlet ile birlikte ortaya çıkmıştır². Bu tarihten önce kavramın aslî unsurları geleneksel siyaset düşüncesinin içinde parçalı şekilde yer alsa da bugün anladığımız şekilde egemenliğin ortaya çıkması oldukça yenidir. Aslında yöneten-yönetilen ayrışmasının olduğu tüm toplumlarda üstün bir emretme gücü mevcuttur. Tarih boyunca neredeyse tüm siyasal örgütlenmelerde emretme gücünü haiz üstün bir otorite var olmuştur. Ancak bu üstün güç onu kullanan yöneticiden ayrı olarak düşünülmemiş, yöneticiye özgülenmiştir. Ayrıca ancak modern devletin ortaya çıkması ile devlet iktidarının kaynağı ve kullanımı insanda birleştirilebilmiştir. Bu aşamadan önce devlet iktidarının kaynağı ve kullanımı birbirinden ayrı düşünülmiştir.

Egemenlik kavramı ortaya çıktığı tarihten günümüze kadar pek çok değişikliğe uğramıştır. Avrupa’da feodal düzenin sona erip mutlak monarşilerin ortaya çıkması ile önce krallara ait olan bu üstün güç, daha sonra burjuvazinin etkisiyle krallardan alınarak toplumun tamamına geçmiştir. Böylece egemenlik anlayışı “demokratik” bir nitelik kazanmıştır. Yaşanan gelişmeler sonucu bu üstün gücün sınırsız olarak değil de belirli sınırlar içerisinde kullanılmasına yönelik yaklaşımlar mutlak egemenliği “sınırlı egemenlik” anlayışına dönüştürmüştür. Son olarak küreselleşme, çok katmanlı siyasal yapılar ve karmaşık iktidar ilişkilerinin ortaya çıkması ve uluslararası hukukta yaşanan gelişmeler egemenlik kavramını aşındırmaya ve dönüştürmeye devam etmektedir³.

Machiavelli, Bodin, Hobbes, Rousseau ve Sieyes gibi siyaset düşünürlerinin yaşadıkları çağın iktidar ilişkilerini çözümlenmeye ve anlamlandırılmaya dahası iktidar sahiplerinin iktidarına haklı bir gerekçe bulmaya çalışırken ulaştıkları egemenlik kavramı ortaya çıktığı tarihten günümüze kadar siyasî düşüncenin en önemli konularından biri olarak devlet kuramında merkezî bir yer işgal etmiştir. Bir yandan üstün bir emretme gücü olmadan toplumsal yaşamın dirlik ve düzen içinde devam edemeyeceği söylene de öte yandan egemenliğin gerçekten var olup olmadığı

¹ Hakyemez, Yusuf Şevki. *Mutlak Monarşilerden Günümüze Egemenlik Kavramı*, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2004, s. 14.

² Koçak, Mustafa. *Batı’da ve Türkiye’de Egemenlik Anlayışının Değişimi Devlet ve Egemenlik (Eski Kavramlar-Yeni Anlamlar)*, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2006, s. 66; Sunay, Reyhan. *Tartışılan Egemenlik*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2007, s. 23; Akkuş, Selahattin. *Modern Egemenliğin Doğuşu: Pratik ve Kavramsal Belirleme*, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), İstanbul, 1995, s. 6.

³ Hakyemez, s. 14-15; Sunay, s. 16.

dahi tartışılmaktadır⁴. Bu önemi sebebiyle modern devleti, hukuku, siyaseti ve siyasi iktidarı anlamak için egemenliğin ne olduğunu, nasıl ortaya çıktığını ve gelişim sürecini bilmek gerekmektedir. Ancak egemenliği konu alan pek çok çalışma kavramın anlaşılmasının ne denli zor olduğuna işaret etmektedir⁵. Bu zorluk aslında egemenliğin bir soyutlamadan ibaret olmasından kaynaklanmaktadır. Ülke ve insan unsuru ile birlikte devletin üç kurucu unsurundan biri olan egemenlik, diğer iki unsurun aksine somut bir gerçekliğe karşılık gelmez. Egemenlik aslında bir ilkeden, bir inançtan ibarettir⁶. Konunun anlaşılmasını zorlaştıran diğer etkenler de kavramın boyutunun genişliği ve benzer kavramlarla karıştırılmasıdır. Egemenlik, “iç” ve “dış” olarak iki boyutu olan bir kavramdır⁷.

Bu çalışmanın amacı anlaşılmasındaki güçlükleri dikkate alarak kavramı değişik boyutlarıyla ele almaktır. Çalışma, egemenlik kavramını benzer kavramlarla birlikte ele aldıktan sonra modern egemenlik öncesi anlayışı ve kavramın gelişmesine katkı sağlayan düşünürlerle birlikte modern egemenlik anlayışının gelişimini incelemektedir.

I. Egemenlik Kavramı

A. Egemenlik Kavramı ve Benzer Kavramlar

Dilimizde “egemenlik” ifadesi ile karşılık bulan kavramın aslı Fransızca “souverainete” kelimesidir. İngilizcede ise “sovereignty” olarak ifade edilen kavram Latince “superanus” (en yüksek) kelimesinden türetilmiştir⁸. Kavramın dilimizdeki diğer karşılığı ise Arapça kökenli “hâkimiyet” sözcüğüdür⁹. Zaten İslam hukukunda da egemenlik kavramı “el-hâkimiyeye” ve “es-siyade” olarak kullanılmaktadır¹⁰.

Kavram feodal düzenin yıkılıp yerine merkezî devletlerin kurulduğu dönemde ortaya çıkmıştır¹¹. Elbette kavramın belli bir yerde bir anda ortaya çıktığı söylenemez. Egemenlik fikrinin gelişip bir kavram haline gelmesi yüzlerce yıl süren siyasi gelişmelerin eseridir. Egemenlik modern siyaset düşüncesinin ürünü olduğu için Eski Yunan’da bu kavrama rastlanmaz. Roma’da kullanılan “imperium” (hükümdarlık) kelimesi ise egemenlik kavramını tam olarak karşılamaz.

⁴ Bu konudaki görüş için bkz. Duguit, Leon, *Kamu Hukuku Dersleri*, Çev. Sühep Derbil, İstiklal Matbaacılık ve Gazetecilik, Ankara, 1954, s. 54-61.

⁵ Örneğin bkz. Brown Wendy, Yükselen Duvarlar Zayıflayan Egemenlik, Çev. Emine Ayhan, 1. Baskı, Metis Yayınları, İstanbul 2011, s. 58; Kapani, Münci, *Politika Bilimine Giriş*, BB101 Yayınları, 52. Baskı, s. 63-64; Lütem, İlhan Raşit. *Egemenlik Kavramı ve Devletlerarası Hukuk*, Sakarya Basımevi, Ankara, 1947, s. 4-5; Koçak, s. 66; Hakyemez, s. 55.

⁶ Beriş, H. Enrah. *Egemenlik Modern Devletin İnşası*, 3. Baskı, Kadim Yayınları, Ankara, 2021, s. 5.

⁷ Küçük, Adnan. “Egemenlik (Hakimiyet) Halk Egemenliği ve Milli Egemenlik Tartışmaları ve Egemenlik Anlayışında Esaslı Dönüşüm”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, C. 0, S. 6, 2015, s. 317-318; Sunay, s. 44; Hakyemez, s. 15, 78; Beriş, s. 24; Arslaner, M. Nazan / Eryücel, Ertuğrul. “Küreselleşme Sürecinde Egemenlik Kavramının Dönüşümü” *Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, C. 17, S. 1, 2013, s. 26; Aybudak, Utku, “Modern Devlet Bağlamında Ortaya Çıkan Egemenlik Kavramı ve Egemenliğin Dönüşümü”, *Uluslararası Sosyal Araştırmalar Dergisi*, C. 10, S. 54. 2017, s. 233; Özdemir, Gürbüz. “Batı’da ve Türklerde Egemenlik Kavramı” *Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, S. 23, 2015, s. 124.

⁸ Lütem, s. 4; Hakyemez, s. 52; Koçak, s. 66.

⁹ Hakyemez, s. 51; Koçak, s. 51.

¹⁰ Türcan, Talip. *Devletin Egemenlik Unsuru ve Egemenlikten Kaynaklanan Yetkileri*, 1. Baskı, Ankara Okulu Yayınları, Ankara, 2001, s. 77.

¹¹ Teziç, Erdoğan, *Anayasa Hukuku*, 23. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2019, s. 139; Lütem, s. 4; Hakyemez, s. 52; Sunay, s. 24. Koçak, s. 56; Akkuş, s. 9.

Zira “imperium”, tanrısal kökenli kral iktidarını ifade etmek için kullanılmıştır¹². Orta Çağ’da “summa potestas” veya “plenitudo potestas” devletin üstün gücünü kastetmek için kullanılmıştır. Ancak bu kavramların da tam olarak egemenliği ifade ettiği söylenemez¹³. Bu kavramlar her ne kadar en üst otoriteyi ifade etmekteyse de tanrısal bir kaynaktan bağımsız olarak düşünülmemiştir. Aşağıda değinileceği üzere laik bir kavram olan modern egemenliğin kaynağı Tanrı’ya dayanmaz. O kendi meşruiyetini kendi sağlar. En azından bu iddiadadır.

Egemenlik ortaya çıktığı tarihten bugüne değişmeden gelen bir kavram değildir. Avrupa tarihi boyunca yaşanan gelişmelere paralel olarak egemenlik kavramının içeriği de değişmiştir. En başta “klasik”, “mutlak”, “sınırsız” gibi nitelendirmelerle kullanılan kavram; günümüzde “sınırlı” şekilde nitelenmektedir. Ayrıca 1789 Fransız Devrimi sonrasında kavramın, “halk egemenliği” ya da “ulus egemenliği” şeklinde farklı kullanımları doğmuştur¹⁴. Ayrıca ulus egemenliği yerine “millî egemenlik” kavramı da kullanılmaktadır¹⁵.

Soyut bir kavram olması nedeniyle egemenlik bazı başka kavramlarla karıştırılmaya müsaittir. Bunun yanında kimi yazarlar egemenlik yerine başka kavramların kullanılması gerektiğini söylemektedir. Kapani’ye göre günümüzde sınırlı bir kimliğe bürünen egemenliği “hukukî bakımdan en üstün iktidar” olarak anlarsak egemenlik yerine “kurucu iktidar” kavramı kullanılabilir. Zira aslî kurucu iktidar devletin temel hukuk düzenini oluştururken iradesini sınırlayan herhangi bir pozitif hukuk kuralı ile bağlı değildir. Aslî kurucu iktidar teorik olarak, hukukî açıdan tamamen bağımsız ve sınırsızdır. Dolayısıyla devlet kudreti veya siyasal iktidarı nitelendirmek için egemenlik kavramı yerine kurucu iktidar kavramını kullanmak daha doğrudur. Zira egemenliğe atfedilen “sınırsızlık” ve “üstünlük” ancak kurucu iktidarda mevcuttur. Ama yazar bu akıl yürütmenin soyut hukuk mantığı yönünden geçerli olabileceğini, sosyal ve politik gerçekler yönünden geçerli olamayacağını söyler. Çünkü kurucu iktidarların normatif yönden hiçbir kuralla bağlı olmayışı, fiilen de hiçbir sınırlamayla bağlı olmadığını göstermez. Bütün iktidarlar gibi kurucu iktidarlar da buldukları sosyal çevrenin isteklerinin, beklentilerinin ve eğilimlerinin etkisine açıktır. Çoğu zaman kurucu iktidarların iradesi toplumdaki sosyal güçler dengesini yansıtır. Bu nedenle kurucu iktidarların hukukî olarak en üstün ve sınırsız güç olduğu söylene de fiilen bu mümkün değildir¹⁶. Hakyemez ise kurucu iktidar ile egemenliğin aynı anlama gelmeyeceği gibi egemenlik yerine kurucu iktidar kavramının kullanılmasının da doğru olmadığını düşünür. Zira kurucu iktidar egemenin yetkilerini kullansa da egemenlik gibi süreklilik arz etmez. Hem aslî hem de talî kurucu iktidar sınırlı bir süreyle bu yetkileri kullanabilir. Oysa egemenlik süreklidir. Sürekli olmayan bir üstün güç egemen olarak nitelenemez¹⁷. Gerçekten aslî kurucu iktidar “hukuk boşluğu”nda ortaya çıktığı için onu sınırlayan bir hukuk kuralı yoktur. Asli kurucu iktidar sınırsızdır yetkisi bizzat kendi gücünden kaynaklanır ancak egemenlik sadece “hukuk boşluğu”nda geçerli olan bir olgu değildir. O hukuku yaratan devletin bir niteliğidir. Bu bağlamda Alman hukukuna göre egemenlik, “yetki yetkisi” kavramıyla açıklanmaktadır. Buna göre egemenlik var olan bütün yetkilerin kendisinden kaynaklandığı bir yetkidir. Yetki yetkisine sahip

¹² Aybudak, s. 229.

¹³ Hakyemez, s. 52.

¹⁴ Hakyemez, s. 53; Beriş, s. 93.

¹⁵ Kavramın bu şekildeki kullanımını için bkz. Küçük, s. 322; Teziç, s. 110.

¹⁶ Kapani, s. 72-76.

¹⁷ Hakyemez, s. 54.

olan ise devletin herhangi bir organı değil kendisidir¹⁸. Buradan da geçici bir süre için devletin bir organı olarak görev yapan aslı kurucu iktidarın sınırsız ve yetkileri kendinden kaynaklanan bir erk olmasına rağmen egemenlik kavramını tam olarak karşılayamadığı sonucuna ulaşabiliriz. Zira egemenlik ancak devletin (tüzel kişiliğin) kendisine ait bir niteliktir. Onu kullananlara değil.

Duguit'e göre; kamusal güç, siyasi otorite ve devlet gücü ile egemenlik arasında bir fark yoktur.¹⁹ Zabunoğlu'na göre devletin üstün gücünü ifade etmek için "amme iktidarı", "amme kudreti", "emretme kudreti", "egemenlik", "hâkimiyet" gibi pek çok kavram vardır. Ancak egemenlik ve hâkimiyet kavramları klasik egemenlik anlayışında iktidarın mutlaklığını ve sınırsızlığını ifade ettiği için günümüzde ancak sınırlı egemenlik anlayışını kastetmesi halinde kullanılabilir²⁰. Okandan da kavramın kullanılmasını aynı şarta bağlı tutmakta aksi takdirde hâkimiyet (egemenlik) yerine devlet gücü, devlet iktidarı veya sadece iktidar kavramlarının kullanılmasını önermektedir²¹. Devlet gücü ile egemenlik farklıdır. Özman'a göre, devlet kudreti, devletin sahip olduğu yetkilerin tamamını ifade eder. Egemenlik ise devlet kudretinin içeriğini oluşturan bu yetkilerin ve devlet kudretinin en üstün olması özelliğidir. Yani egemenlik devlet kudretinin bir vasfıdır. Ayrıca devletin, görevi gereği sahip olduğu yetkilerin tamamını ifade eden devlet kudreti; devletin sosyal, siyasî ve ekonomik durumuna göre değişebilirken egemenlik sabittir ve değişmez²².

Egemenliği ifade etmek için egemenlik yerine kullanılan kavramların yanı sıra zaman zaman egemenlikle karıştırılan bazı kavramlar da vardır. Böyle kavramlardan biri olan iktidar, "devlet yönetimini elinde bulundurma ve devlet gücünü kullanma yetkisi"dir²³. Yani egemenlikten kaynaklanan yetkilerin sınırlı bir süre için kullanılmasıdır. İktidarın sahip olduğu yetkilerin kaynağı egemenliktir. İleride daha ayrıntılı bahsedileceği üzere iktidar ancak egemenliğin bir unsuru olan "potestas"ı (egemenliğin kullanımını) ifade edebilir. Buna karşılık günümüzde siyaset biliminde egemenlik yerine siyasal iktidar kavramı daha çok tercih edilmektedir²⁴.

Otorite ise; "yetke, sulta, velayet" anlamındadır²⁵. Kişilerin bir özelliği olarak da kullanılan otorite "başkalarını belirli bir yönde davranmaya zorlama kapasitesi" olarak tanımlanır. Otorite toplumda eşitsizlik içeren pek çok ilişki biçiminde ortaya çıkabilir. Ailede ebeveynlerin, okulda müdürün, sınıfta öğretmenin, işyerinde patronun vs²⁶. Hâlbuki egemenlik yalnızca devletle özdeşleşen, devlete özgü bir kavramdır²⁷. Egemenlik, devletin sahip olduğu otoritenin diğer tüm otoritelerden üstün olmasıdır.

¹⁸ Gözler, Kemal. *Devletin Genel Teorisi*, 9. Baskı, Ekin Yayınları, Bursa, 2018, s. 84-85.

¹⁹ Duguit, Leon. "Egemenlik ve Özgürlük", *Devlet Kuramı*, Der. Cemal Bali Akal, 5. Baskı, Dost Yayınları, Ankara, 2018, s. 379.

²⁰ Zabunoğlu, Yahya, K. *Devlet Kuramına Giriş*, İmaj Yayınevi, Ankara, 2015, s. 98.

²¹ Okandan, Recai G. *Umumi Amme Hukuku*, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1968, s. 756.

²² Özman, M. Aydoğan, "Devletlerin Egemenliği ve Milletlerarası Teşekküller", *AÜHFĐ*, C. 21, S. 1, 1964, s. 59-61.

²³ *Türk Dil Kurumu Türkçe Sözlük*, Türk Dil Kurumu Yayınları, Ankara, 1988, s. 693.

²⁴ Uygun, Oktay. "Üniter ve Federal Devlet Açısından Egemenliğin Bölünmezliği İlkesi", *Kamu Hukuku İncelemeleri*, 2. Baskı, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2013, s. 600.

²⁵ *Türk Dil Kurumu Türkçe Sözlük*, Türk Dil Kurumu Yayınları, Ankara, 1988, s. 693.

²⁶ Uygun, Oktay. *Devlet Teorisi*, 6. Baskı, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2019, s. 2.

²⁷ Beriş, H. Emrah. "Egemenlik Kavramının Tarihsel Gelişimi ve Geleceği Üzerine Bir Değerlendirme", *AÜSBFD*, C. 63, S. 01, 2008. s. 56; Hakyemez, s. 55.

İdare hukukuna ait bir kavram olan “kamu gücü”nün egemenlikten farklı olduğu açıktır. Kamu gücü, idarenin tek taraflı eylem ve işlemler yapmak için üstün emretme gücünü ifade eder²⁸. Kavram, idarenin sahip olduğu yetkilerin özel kişilerin sahip olduğu yetkilerden farklı ve üstün olduğunu belirtmek için kullanılır. Aslında idarenin gerçekleştirdiği eylem ve işlemlerde sahip olduğu bu üstün emretme gücü de egemenliğe dayanır. Devletin bir fonksiyonu olan ve görevi kamu hizmetlerini yürütmek olan idarenin bu görevini yerine getirirken devletin üstün gücüne dayanması, kamu gücünün egemenlikten kaynaklandığını göstermektedir.

Son olarak “devletin egemenliği” ve “devlet içindeki egemenlik” ifadelerinin farkına da değinmek gerekir. Devletin egemenliği bir devletin başkaca güçlerle olan ilişkisini ifade eder. Bu uluslararası hukukun konusudur ve devletin uluslararası alanda bağımsız olmasını ifade eder. Bir anlamda dış egemenlik kavramına karşılık gelir. Devlet içindeki egemenlik ise ülke içindeki egemenliğe kimin sahip olduğunu belirtir. Bu anayasa ve iç kamu hukukunun konusudur.²⁹

B. Egemenliğin Tanımı

Benzer kavramlarla farkına değindikten sonra egemenliğin tanımlanması meselesinde, geçmişten günümüzde bir fikir birliğinin olmadığı görülmektedir. Bu, egemenlik kavramının durağan değil dinamik olması nedeniyle farklı zamanlarda farklı şekilde tanımlanmasından kaynaklanmaktadır. Ayrıca kavramın iç ve dış boyutunun bir arada değerlendirilmemesi tanımını da farklılaştırmaktadır.³⁰ Türk Dil Kurumu’na göre egemenlik, “milletin ve onun tüzel kişiliği olan devletin yetkilerinin hepsi, hükümlerlik, hâkimiyet” olarak tanımlanmaktadır³¹. Türk Hukuk Lügati ise egemenliği, “devletin başlıca unsuru olup ferdi iradelere hâkim olan ve devlette nizam ve intizamı temine yarayan yüksek bir irade” olarak tanımlar ve “...başka bir devlete veya milletlerarası makama tabi olmamayı tazammun eden harici kısma istiklâl (bağımsızlık) denir...” diyerek egemenliğin dış boyutunu da tanıma dâhil eder³². Merriam-Webster Law Dictionary’e göre egemenlik, “özellikle siyasi bir yapı üzerindeki üstün güç, dış kontrolden bağımsızlık, özerklik”tir. Sözlük kavramın her iki boyutunu da tanımın kapsamına almıştır.³³ Cambridge Dictionary ise kavramı “bir ülkenin kendi hükümetini kontrol etme gücü” olarak tek yönlü tanımlar³⁴.

Egemenlik kavramını ilk kullanan ve onu sistematize ederek belli bir teoriye dönüştüren³⁵ Jean Bodin, egemenliği “yurttaşlar üzerindeki en yüksek, mutlak ve sürekli güç” olarak tanımlamıştır³⁶. Bu tanımlamayla Bodin kavramın sadece iç egemenlik boyutunu dikkate almış,

²⁸ Çağlayan, *Ramazan, İdare Hukuku Dersleri*, 5. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017, s. 75.

²⁹ Teziç, s. 139; Hakyemez s. 53.

³⁰ Hakyemez, s. 55.

³¹ *Türk Dil Kurumu Türkçe Sözlük*, Türk Dil Kurumu Yayınları, Ankara, 1988, s. 434.

³² *Türk Hukuk Lügati*, 3. Baskı, Başbakanlık Basımevi, Ankara, 1991, s. 112.

³³ Merriam Webster Law Dictionary, <https://www.merriam-webster.com/dictionary/sovereignty#legalDictionary>, (Erişim Tarihi: 01.02.2021.)

³⁴ Cambridge Dictionary, <https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/sovereignty>, (Erişim Tarihi:01.02.2021).

³⁵ Akad, Mehmet / Vural Dinçkol, Bihterin / Bulut, Nihat. *Genel Kamu Hukuku*, 13. Baskı, Der Yayınları, İstanbul, 2017, s. 101; Uygun, 2019, s. 189; Erdal, Selcen. “Siyasal Düşünürler ve Modern Egemenlik”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 18, S. 2, 2010. s. 90; Beriş, 2008, s. 57; Özpolat, Haşim. “Tanrının Siyasetinden Siyasetin Tanrısına Egemenlik Kavramının Dönüşümü” *MÜHF-HAD*, C. 23, S. 2, 2017. s. 153.

³⁶ Bodin, Jean, *Six Books of the Commonwealth*, Trans. by, M. J. Tooley, Oxford 1955. I. 8.

dış egemenlik boyutuna değinmemiştir. Zaten düşünür teorisini yaşadığı dönemde kralın mutlak iktidarını güçlendirmek ve ülkedeki birliğin devamlılığını sağlamak düşüncesi üzerine inşa etmiştir³⁷.

Ağaoğulları da egemenliği, “devlete içkin üstün bir gücü, devletin içinde auctoritas (iktidarın ilkesi) ile potestas’ın (iktidarın kullanımının) dile getiren modern bir kavram” olarak tanımlamıştır. Bu tanımda da egemenlik yalnızca iç boyutuyla ele alınmıştır³⁸. Türcan da sadece iç egemenliği dikkate alarak kapsamlı bir tanım yapmıştır. Buna göre egemenlik,

“Belli bir ülke üzerinde yaşayan insan topluluğuna siyasi nitelik kazandıran, devlet ve devlet içindeki tüm kurumları oluşturup meşruiyet bahşeden; söz konusu toplumun anayasal ve yasal düzeyde pozitif hukukunun ve bu hukukun yürütülmesinin kaynağını teşkil eden üstün irade”

biçiminde tanımlanmıştır. Türcan’ın tanımında dikkati çeken noktalar egemenliğin devleti oluşturan, devlete meşruiyet kazandıran ve hukuka kaynaklık eden bir irade olarak tanımlanmasıdır. Egemenliğin iç boyutu bakımından oldukça kapsayıcı olan bu tanım, kavramın dış boyutuna değinmemiştir³⁹.

Görüldüğü gibi kavramın pek çok farklı tanımı bulunmaktadır. Ancak egemenliğe ilişkin tanımların neredeyse tamamı onun üstün bir gücü ya da üstün bir iradeyi ifade ettiği noktasında birleşmektedir. Egemenliğin dış boyutuna ilişkin tanımlamalar ise bağımsızlık üzerinde kesişmektedir. Bunun haricinde kimi tanımlar egemenliğin bazı özelliklerine, sahibine ya da sınırlarına yer verirken bazıları bunlara değinmemiştir. Ancak içinde birden fazla unsurun olduğu, pek çok niteliğin yer aldığı, zamanla büyük değişime uğramış, çok boyutlu bir kavram olan egemenliğin tüm özelliklerinin bir tanıma sığması ve herkesin bu tanımda hemfikir olması mümkün değildir. Egemenliğin ülke içinde üstün bir gücü ya da iradeyi, ülke dışında ise bir devletin bağımsızlığını ifade ettiği belirlendikten sonra egemenliğin sahibi hakkındaki görüşler kavramın gelişimi hakkında daha çok fikir verecektir.

II. Modern Devlet Öncesi Egemenlik ve Egemenliğin Sahibi Hakkındaki Görüşler

A. Modern Devlet Öncesi Egemenlik

Egemenliğin siyasî düşünce tarihine 16. yüzyılda modern devletin ortaya çıkışıyla giren bir kavram olduğundan yukarıda bahsedilmiştir. Ancak modern devletlerden önce de üstün emretme gücüne sahip siyasî iktidarlar mevcuttu. Peki egemen modern devlet ile modern devlet öncesi siyasî iktidarları birbirinden ayıran nedir? Neden modern devlet öncesi var olan siyasî iktidarların üstün gücü egemenlik olarak adlandırılmaz?

³⁷ Akad / Vural Dinçkol / Bulut, s. 99.

³⁸ Ağaoğulları, Mehmet Ali. “Demokratik Mitoslar: Halk-Ulus Egemenliği ve Siyasal Temsil”, *AÜSBFD*, C. 46, S. 1, 1991. s. 22.

³⁹ Türcan, s. 90.

Egemenlik kavramı bünyesinde iki unsuru barındırır: “Autocritas”, iktidarın ilkesi⁴⁰ ve “potestas” yani iktidarın kullanımı⁴¹. Modern devletin ortaya çıkmasından önceki siyasal yapılarda iktidarın kaynağı Tanrı’da görülmüştür. İnsanları yönetme yetkisinin ilahî bir kaynaktan geldiği inancı dönemin siyasî yapısının temel özelliklerinden biridir. Bu nedenle geleneksel dünyadaki siyasî mücadeleler, potestas’a yani iktidarın kullanımına kimin sahip olacağı üzerinedir. Hâlbuki laikleşme süreci ve modern devletlerin ortaya çıkması ile bu iki unsur birleşmiştir. Böylece ortaya “varlığı kendinden menkul” bir iktidar ortaya çıkmıştır. Egemen olarak adlandırılan bu yeni iktidarın ilkesi Tanrı’dan değil bizzat kendisinden kaynaklanmaktadır. Bu nedenle modern devlet öncesi siyasî iktidarlar egemen olarak nitelenemez. Çünkü onlar iktidarın gerçek sahibi değildir. Sahibi adına iktidarı kullananlardır⁴². Başka bir deyişle iktidarın zilyetleridir. Modern devletin ortaya çıkışıyla iktidarın mülkiyeti yeryüzüne inmiş ve egemenlik kavramı böylece ortaya çıkmıştır. Modern öncesi devletlerde var olan iktidarların egemen olarak adlandırılmayışının bir diğer sebebi de devletin ve iktidarın onun başındaki yöneticiden ayrı bir varlığının olmadığı düşüncesidir. Dönemin anlayışına göre siyasî iktidar ile onu kullananlar arasında bir ayrım yoktur. Diğer bir deyişle yönetici (kral ya da hükümdar) devletin ve siyasî iktidarın bizzat kendisidir⁴³. Bu anlayış Bodin’in egemenlik teorisinin ortaya çıkışına kadar devam etmiştir⁴⁴.

Sahibi hakkındaki teorilere geçmeden önce egemenliğin kaynağı ile meşruiyeti arasındaki ilişkiyi ele almakta yarar vardır. Çoğu zaman beraber kullanılan bu kavramlar aslında birbirinden farklıdır⁴⁵. Egemenliğin kaynağı, onun geldiğine inanılan yeri ifade eder. Bu, “autocritas”a (iktidarın ilkesine) kimin sahip olduğu ve “potestas”ı elinde bulunduran (iktidarı kullanacak) kişinin belirli olup olmadığı ile ilgilidir. Meşruiyet ise egemenliğe ilişkin kişilerde oluşan değer yargısıdır⁴⁶. Egemenlik ve egemenlikten kaynaklanan yetkileri kullanan iktidar, yönetilenlerin çoğunluğu tarafından tanınır ve kabul edilirse meşru olur. Aksi takdirde kendisine itaat edilmesini sağlayan kaba bir güçten ibarettir. Egemenliğin, kaynağı ve kullanılışı bakımından yönetilenlerin inancına uygun olması onun meşruiyetine de zemin hazırlar. Bu nedenle egemenliği kaynak bakımından yönetilenlerin ortak inancına dayandırmak ona meşruiyet sağlamak demektir⁴⁷. Subjektif bir kavram olan meşruiyet toplumdan topluma ve zaman içerisinde değişiklik gösterebilir. Çalışmanın ilerleyen bölümlerinde görüleceği gibi önceleri Tanrı’dan neşet ettiğine inanıldığı için meşru görülen egemenlik, günümüzde halkın iradesinden kaynaklandığına inanıldığı için meşrudur.

B. Egemenliğin Sahibi Hakkında Teoriler

⁴⁰ Bazı kaynaklarda “autocritas”, iktidarın kaynağı olarak belirtilmektedir. İfadenin bu şekildeki kullanımı için bkz. Özpolat, s. 146. Ayrıca “Auctoritas” (iktidarın ilkesi) kavramı, iktidar düşüncesinin temeli bağlamında iktidarın kaynağına gönderme yapmaktadır. Mairet’e göre kavramın daha iyisi bulunmadığı için bu şekilde kullanılmaktadır. Mairet, Gerard. “Padovalı Marsilius’dan Louis XIV’e Laik Devletin Doğuşu”, *Devlet Kuramı*, Der. Cemal Bali Akal, 5. Baskı, Dost Kitabevi, Ankara 2018, s. 226.

⁴¹ Ağaoğulları, s. 22; Hakyemez, s. 24; Erdal, s. 92.

⁴² Özpolat, s. 146; Hakyemez, s. 23-24.

⁴³ Okandan, s. 744; Uygun, 2019, s. 193-194.

⁴⁴ Hakyemez, s. 20-21.

⁴⁵ Zabunoğlu, s. 100.

⁴⁶ Hakyemez, s. 19.

⁴⁷ Teziç, s. 103.

Egemenliğin sahibi hakkındaki teoriler “teokratik egemenlik teorileri” ve “demokratik egemenlik teorileri” olarak ikiye ayrılır. Demokratik egemenlik teorilerinin ortaya çıkmasında siyasal düşünürlerin fikirlerinin önemi büyüktür. Bu nedenle bu başlık altında yalnızca teokratik egemenlik teorilerinden bahsedilecek, demokratik egemenlik teorileri kronolojiye uygun olarak çalışmanın ilerleyen bölümlerinde ele alınacaktır.

1. Teokratik Egemenlik Teorileri

Teokratik egemenlik teorileri “autocritas”ın Tanrı’ya ait olduğu anlayışına dayanmaktadır. Bu teorilerin özü Aziz Pavlus’un “Bütün iktidarlar Tanrı’dan gelir” (Omnis potestas a Deo) sözünde karşılık bulur⁴⁸. Teokratik egemenlik anlayışı yalnızca erken dönem Hristiyan düşüncesine ait değildir. İslam’da da hâkimiyetin Allah’tan geldiğine inanılmış, padişah veya sultanın Allah’tan gelen iktidarı kullandığı, Allah’ın yeryüzündeki vekili, gölgesi olduğu düşünülmüştür⁴⁹. Aslında egemenliğin ilahî kaynağa dayandığı görüşü eski dünyanın hemen hemen tüm siyasal yapıları için geçerlidir. Mesela kadim Mısır’da ilahî bir soydan geldiği düşünülen kralın egemenlik hakkı da Tanrı’ya dayanmaktadır. İbranilerde hâkimiyet Yehova’ya aittir. Kadim Çin’de “Göğün Oğlu” unvanını taşıyan imparator, yönetme yetkisini “Gök”ten almakta ve yeryüzünde onun vekili olarak kabul edilmektedir. Eski Türklerde de kutsal kabul edilen kağanın yönetimi, Gök Tanrı’dan aldığı “kut”a dayanmaktadır⁵⁰. Kısacası modern devletin ortaya çıkışına kadar var olan siyasal yapıların çoğunda egemenlik teokratik niteliktedir. Teokratik egemenlik teorileri “doğaüstü ilahî hukuk doktrini” ve “providansiyel ilahî hukuk doktrini” olarak ikiye ayrılır.

a. Doğaüstü İlahî Hukuk Doktrini

Doğaüstü ilahî hukuk doktrinine göre egemenlik Tanrı’dan gelmektedir ve Tanrı, yeryüzünde kendisi adına egemenliği kullanacak kişileri doğrudan doğruya belirlemektedir. Egemenlik yetkilerini Tanrı’dan alan yöneticiler bu nedenle halka veya başka bir kesime karşı değil doğrudan Tanrı’ya karşı sorumludurlar. Bu anlayışa göre Tanrı, yarattığı iktidarı kimin kullanacağına da bizzat kendi karar vermektedir⁵¹. Doktrin bir yandan Tanrı tarafından seçildiği için kralların ve hanedanların yönetimini meşrulaştırmayı diğer yandan Orta Çağ Avrupası’nda papalığın krallar üzerinde var olan etkisini zayıflatmayı amaçlamaktadır⁵².

b. Providansiyel İlahî Hukuk Doktrini

Providansiyel ilahî hukuk doktrinine göre de egemenlik Tanrı’dan gelmektedir. Ancak bu doktrin, öncekinden farkı olarak Tanrı’nın yeryüzünde kendisi adına egemenliği kullanacak kişileri doğrudan belirlemediğini savunmaktadır. Yöneticiler Tanrı’nın üstün, görünmez iradesi sayesinde toplum tarafından veya toplumsal olaylar neticesinde seçilirler⁵³. Egemenliğin

⁴⁸ Uygun, 2019, s. 152.

⁴⁹ Anayurt, Ömer. *Anayasa Hukuku Genel Kısım (Temel İlkeler Kavram ve Kurumlar)*, 2. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2019, s. 221; Zabunoğlu, s. 100.

⁵⁰ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Kozak, İbrahim Erol. *Kadim Dönemler Genel Hukuk Tarihi*, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2011; Kozak, İbrahim Erol. *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi*, Palet Yayınları, Konya, 2018, s. 16-51.

⁵¹ Gözler, Kemal, *Anayasa Hukukunun Genel Esasları*, 4. Baskı, Ekin Yayınları, Bursa, 2013, s. 166; Kaboğlu, İbrahim Ö. *Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar)*, 7. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2011, s. 82; Hakyemez, s. 21.

⁵² Teziç, s. 104-105.

⁵³ Gözler, 2013, s. 166; Teziç, s. 105; Kaboğlu, s. 82.

kaynağına ilişkin bu anlayış, yönetilenlerin iradesini de belli ölçüde dikkate almıştır. Zira doğrudan Tanrı tarafından seçilmeyen yönetici, egemenliğe ilişkin yetkileri kullanırken toplumun istek ve arzularına da önem vermek zorundadır. Aksi takdirde yönetilenlerin yöneticiyi yerinden edebilmeleri mümkündür⁵⁴.

Providansiyel ilâhî hukuk doktrininin en önemli temsilcisi 13. yüzyılda yaşamış olan Aquinolu Thomas'tır. Aristoteles'in görüşleriyle Hristiyan ilkelerini birleştirmek hedefinde olan Aquinolu Thomas, Aziz Pavlus'un "Bütün iktidarlar Tanrı'dan gelir" (Omnis potestas a Deo) sözünü "Bütün iktidarlar Tanrı'dan halk aracılığıyla gelir" (Omnis potestas a Deo per populum) şeklinde değiştirmiştir⁵⁵. Ona göre tüm iktidarlar gibi siyasî iktidarların kaynağı da Tanrı'dadır. Tanrı'dan gelmeyen hiçbir iktidar yoktur. Ancak Tanrı iktidarı yeryüzünde kimin kullanacağını belirlememiştir. Bunu belirleyecek olan toplumdur. Toplum Tanrı adına iktidarı kullanacak kişiyi belirlediği gibi yönetim biçimini belirleme yetkisine de sahiptir⁵⁶.

III. Modern Egemenlik Anlayışına Geçiş ve Siyasal Düşünürler

Aquinolu Thomas'ın iktidarın ilkesini ve kullanımını birbirinden ayırması ve iktidarı kullanacak kişileri belirlemede toplumun etkisini ortaya koyması, modern egemenliğin ortaya çıkmasına yetmemiştir. Egemenliğin tam anlamıyla ortaya çıkması için Thomas ile başlayan sekülerleşme hareketlerinin büyüerek kiliseyi siyasî iktidar karşısında zayıflatması ve dönemin parçalı siyasî yapısına son verecek merkezi krallıkların kurulması beklenecektir. Bu bağlamda Dante, papalığın siyasî iktidardan ayrılması gerektiğini düşünerek sekülerleşmenin öncülerinden biri olmuştur. Padovalı Marsilius ise siyasî iktidarın halktan geldiğini söylemiş ve kilisenin dünyevi iktidar üzerinde hak talep etmesinin siyasî birliği tehdit ettiğini savunmuştur. Bu, sekülerleşme açısından önemli bir adımdır. Yine Ochamlı William'ın devlet ve kiliseyi birbirinden ayırarak birinin dünyevi diğerinin ise ruhani işlerle meşgul olması gerektiğini iddia etmesi, onun laikleşme sürecindeki önemine işaret etmektedir⁵⁷.

7. yüzyılda Akdeniz havzasında gelişen İslam uygarlığının ticaret yollarını kesmesiyle kendi içine kapanan Avrupa için, ekonomik hayat toprağa bağlı hale gelmiştir. Doğudan gelen kavimlerin akınlarıyla her an yağma ve saldırı tehlikesi altında olan insanların, saldırı anında derhal kaçıp saklanabilecekleri, çevresinde tarım alanları olan şato ve kalelerin etrafında yaşamaya başlaması Avrupa'nın yeni siyasî yapısının da bu küçük topraklardan ibaret olmasına neden olmuştur. Böylece parçalı siyasî yapısıyla, adına feodalite denen yeni düzen başlamıştır. Feodal sistemde teorik olarak kralın iktidarı hiçbir zaman ortadan kalkmamış ancak kralın yetkileri bir yandan toprak sahibi senyörler öte yandan kilise tarafından sınırlandırılmıştır. Bu dönemde egemenlik düşüncesinin önündeki en büyük engel kilisedir. Başlarda kilise, İsa'nın "Benim krallığım bu dünyada değil" öğretisiyle dünyevi iktidara uzak durmuştur. Roma İmparatorluğu'nun resmî dini haline gelmesiyle güç kazanan Hristiyanlık, imparatorluğun yıkılmasıyla Avrupa'da en büyük örgütlü güç haline gelmiştir. Böylece siyasî alandaki otoritesini de pekiştirmiştir. Sonraki dönemlerde feodal sistemde yaşanan ekonomik, sosyal ve siyasî,

⁵⁴ Hakyemez, s. 22.

⁵⁵ Uygun, 2019, s. 152; Gözler, 2013, s. 166.

⁵⁶ Göze, Ayferi. *Siyasal Düşünceler ve Yönetimler*, 18. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2020, s. 95; Uygun, 2019, s. 152; Akad / Vural Dinçkol / Bulut, s. 54.

⁵⁷ Akad / Vural Dinçkol / Bulut, s. 57-70.

gelişmelerle toprak ekonomisinin yanında para ekonomisi de gelişmeye başlamıştır. Bu değişimler ileride “burjuva” adını alacak yeni bir sosyal sınıfın doğmasına zemin hazırlamıştır. Bu değişimlerle beraber devam eden sekülerleşme hareketleri de kiliseyi zayıflatmaya başlamıştır. Sonraki dönemlerde giderek yükselen burjuvazinin ticarî faaliyetlerini geliştirmek için güvenli ve büyük pazarlara olan ihtiyacı, bu kesimi krallarla zorunlu bir iş birliğine sevk etmiştir. Burjuvazinin desteğiyle güçlenen krallar büyük topraklar üzerinde hâkimiyet kurmuştur. Böylece modern anlamda egemenlik kavramının ortaya çıkmasına zemin hazırlayan modern devletler mutlak monarşiler biçiminde ortaya çıkmaya başlamıştır⁵⁸.

Görüldüğü gibi egemenlik kavramının ortaya çıkması için yaşanan iki büyük olgudan biri, feodal düzenin yıkılması ve onun yerini merkezî, mutlak monarşilerin almaya başlamasıdır. Diğer gelişme ise bir önceki başlıkta değinilen Aquinolu Thomas ve onun ardından gelen Dante, Padova'lı Marsilius ve Ochamlı William gibi düşünürlerin başlattığı sekülerleşme hareketleri ve siyasî olgulara dünyevî temeller bulma arayışıdır. Elbette sekülerleşme fikrini perçinleyen Reform Hareketleri de sürecin bir parçasıdır⁵⁹.

Böylece Avrupa'da kralların kiliseye ve feodal beylere üstünlük sağlaması ve tüm gücü kendi ellerinde toplaması, siyasal iktidarların yeni bir kavramla nitelendirilmesini gerekli kılmıştır. Çağın önemli düşünürleri bu durumu egemenlik kavramı ile açıklamışlardır⁶⁰. Kısacası egemenlik kavramının ortaya çıkması modern devletlerin kurulması ve sekülerleşme süreci ile ilgilidir. Bu aşamadan sonra Machiavelli, Bodin, Hobbes gibi düşünürler klasik egemenlik anlayışını kuramsal olarak ortaya koyacaklardır. Rousseau ise kavrama demokratik bir nitelik kazandıracaktır. Demokratikleşen egemenlik daha sonra Fransız İhtilali ile yeni sahibini bulacaktır.

A. Niccolo Machiavelli

Machiavelli'nin yaşadığı dönemde İngiltere, Fransa, İspanya gibi Avrupa'nın önemli devletlerinde merkezî krallıklar kurulmuş ve bu ülkelerin siyasal birliği sağlanmıştır. Buna karşın İtalya birden fazla prenslik arasında bölünmüştür. İtalya'nın ulusal birliğinin ancak güçlü bir prens tarafından sağlanabileceğine inanan Machiavelli, 1513 yılında “Prens” (Hükümdar) adlı eserini kaleme almıştır. Prense verilen öğütler şeklinde yazılan bu kitap yayımlandığı dönemde büyük ses getirmiştir. Kitabın siyasal düşünce alanında yarattığı bu etki günümüze kadar devam etmiştir⁶¹. Eserin bu denli büyük bir etki yaratması Machiavelli'nin yaşadığı döneme kadar var olan siyaset anlayışını reddederek yeni bir siyaset anlayışı ortaya koymasından kaynaklanmaktadır. Bu yönüyle Machiavelli Orta Çağ'dan Yeni Çağ'a geçişi simgeleyen bir düşünürdür⁶². Zira o döneme kadar var olan siyaset anlayışı din ve ahlak ekseninde şekillenirken Machiavelli, din ve ahlak ile siyasetin birbirinden ayrı alanlar olduğunu ortaya koymuştur. Siyasal iktidarı, inanca ilişkin aşkın fikirlerle anlatmayı reddederek siyaseti laik bir temele oturtmuştur. Bu sebeple modern siyaset anlayışının kurucularından biri olarak kabul edilmektedir⁶³.

⁵⁸ Göze, s. 67-89; Uygun, 2019, s. 141-150.

⁵⁹ Beriş, 2021, s. 61; Hakyemez, s. 27.

⁶⁰ Uygun, 2019, s. 181.

⁶¹ Uygun, 2019, s. 182; Akad / Vural Dinçkol / Bulut, s. 92.

⁶² Tannenbaum, Donald G. *Siyasî Düşünce Tarihi*, Çev. Orhan Özgüç, 3. Baskı, BB101 Yayınları, Ankara, 2019, s. 179.

⁶³ Akad / Vural Dinçkol / Bulut, s. 93.

Machiavelli'yi kendinden önceki düşünürlerden farklı kılan noktalardan biri de onun; devlet, siyasi iktidar egemenlik gibi olguları teorik olarak ele almayı pratik açıdan amaca odaklı olarak düşünmesidir⁶⁴. Eserinde "...benim niyetim okurların işine yarayan şeyler söylemektir. ...İnsanların pek çoğu aslında hiç var olmamış cumhuriyetler, hükümdarlıklar tasarlamışlardır. ...var olan yerine var olması gerekenin peşine düşen kişi kurtuluşa değil yıkıma sebep olur." diyerek bu niyetini açıkça belirtmektedir⁶⁵. Egemenliği ele alışı da bu minvaldedir. Machiavelli, egemenliğin teorisini geliştirmemiş ancak bu teoriyi mümkün kılmıştır. O, egemenliği bir kavram olarak değil, bir olgu olarak ele almıştır. Onun öğütler verdiği hükümdar bir egemendir. Başka bir deyişle tasarladığı hükümdar portresiyle siyasette modern egemenliğe alan açmıştır.

Machiavelli'ye göre ülkedeki siyasî birliği sağlayacak hükümdar diğer tüm prenslerden ve kiliseden üstündür. Bu hükümdar din ve ahlak ile kayıtlanamaz⁶⁶. Zaten Machiavelli için din ve ahlak insanları bir arada tuttuğu ve aşırılıkları engellediği için önemlidir. Yoksa hükümdarı sınırlaması ya da hükümdarın iktidarına kaynak teşkil etmesi söz konusu değildir⁶⁷. Peki papadan bile üstün olan hükümdarın bu iktidarı nereden kaynaklanmaktadır? Machiavelli, hükümdarın iktidarının Tanrı'dan geldiğini söylemez ancak iktidarın kaynağına ilişkin başka bir görüş de ileri sürmez. O iktidara bir kaynak ve meşruiyet bulma çabası içerisinde değildir⁶⁸. Ona göre, hükümdar iktidara sahipse bu hükümdarın meşruiyetinin de göstergesidir. Böylece meşruiyetinin kaynağı olmayan iktidar, onu engelleyecek tüm sınırlardan da azadedir. Bu düşünceler Machiavelli'yi egemenlik kavramına yakınlaştırmaktadır. Zira egemenlik de kendisini sınırlayacak odak bulunmayan bir ülkedeki en üstün güçtür⁶⁹. Hükümdarın verdiği sözlerle kendini sınırlandırmaması da Machiavelli'yi egemenlik kavramına yaklaştırır. Buna göre bir hükümdarın verdiği sözleri tutması övgüye değerdir. Ancak değişen koşullar sebebiyle sözünde durması hükümdara zarar verecekse hükümdar sözünde durmayabilir⁷⁰.

Machiavelli, egemenliğe yaklaşmışsa da tam anlamıyla egemenlik kavramına ulaşamamıştır. İlk olarak o, bir teori olarak egemenlikten bahsetmemekte yalnızca egemen bir hükümdar portresi çizmektedir. İkinci olarak onun düşüncesinde diğer tüm güç odaklarından üstün olan şey, hükümdarın şahsıdır. O, hükümdarın şahsından bağımsız kurumsal bir egemenlik düşüncesinden mahrumdur. Bunun sebebi iktidarın sürekliliği düşüncesine ulaşamamış olmasıdır. Süreklilik fikriyle birlikte bir kavram olarak egemenlik Jean Bodin tarafından ortaya çıkarılacaktır.

B. Jean Bodin

Egemenliği kavramsallaştırarak onu bir teori haline getiren ilk düşünür Jean Bodin'dir⁷¹. Bodin'e göre devleti diğer yapılardan ayıran temel unsur egemenliktir. Egemenlik, yurttaşlar üzerinde en yüksek, mutlak, sürekli güçtür⁷². Egemenliğin mutlak olması onu sınırlayacak herhangi bir gücün olmadığı anlamına gelir. Egemen gelenekle, yasayla veya herhangi bir kurumla

⁶⁴ Hakyemez, s. 27.

⁶⁵ Machiavelli, Niccolo, *Hükümdar*, Çev. Celal Öner, 3. Baskı, Oda Yayınları, İstanbul, 2017, s. 65.

⁶⁶ Uygun, 2019, s. 184.

⁶⁷ Akad / Vural Dinçkol / Bulut, s. 95.

⁶⁸ Uygun, 2019, s. 184-185.

⁶⁹ Özpolat, s. 152.

⁷⁰ Machiavelli, s. 74-75.

⁷¹ Uygun, 2019, s. 189; Hakyemez, s. 29; Erdal, S. 90; Özpolat, s. 153.

⁷² Bodin, I:8

sınırlanamaz. Hatta kendi koyduğu yasalar bile egemeni sınırlayamaz. Zira egemen istese de kendi elini konulu bağlayamaz. Zaten yasalar egemenin buyruğundan ibarettir. Egemen yasaları koyarken bir başkasının onayına da muhtaç değildir⁷³.

Egemenlik aynı zamanda sürekli bir güçtür. Bodin, kendinden önceki pek çok kişiyi egemenlik ile yöneticiyi ayırt edemediği ve egemenliğin sürekliliğini ortaya koyamadığı için eleştirir. Ona göre bir süreyle kısıtlı olan iktidar egemenlik değildir. Sadece bir yetkidir. Bu yetkiyi kullanan kişi de egemen değil ancak bir yönetici olabilir. Bodin'in siyasî düşünce tarihine yaptığı en büyük katkı egemenliğin sürekliliği anlayışıdır⁷⁴. Egemenliğin sürekliliği ilkesi ile yüzyıllardır süregelen devlet iktidarı ile onu kullanın bir kabul edilmesi anlayışı aşılmış olmaktadır.

Bodin'e göre egemenliğin bir diğer özelliği de onun bölünmez olmasıdır. Devlet içerisindeki en üstün, rakip tanımaz gücü ifade eden egemenlik bölünmez olmak zorundadır. Egemenlik bir kişide ya da bir azınlıkta veya halkın bütününde olabilir. Bu egemenliğin bölünmez olmasına hanel getirmez. Ancak karma yönetim denilen ve devletin yönetimini monarşi, aristokrasi ve demokrasi arasında paylaştıran sistem bu üstün gücün bölünmesine neden olacağı için kabul edilemez. Bir devlette karma yönetimin kabul edilmesi egemenliğin olmadığını gösterir. Egemenlik devletin ayırt edici unsuru olduğuna göre aslında o yapı devlet olarak da adlandırılmaz⁷⁵.

Bodin'in teorisinde egemenliğin mutlak olması sınırsız olması demek değildir. Bu durum bir çelişki olarak yorumlansa da aslında Bodin bazı sınırlar belirleyerek kralın bir tirana dönüşmesini engellemek istemiştir. "Leges imperii" denilen bu sınırlardan ilki egemenin tanrısal ve doğal yasalarla ve bazı temel yasalarla sınırlı olmasıdır. Tanrısal ve doğal yasalar her şeyin üstünde olduğu için egemen ne olursa olsun bu yasaları yok sayamaz. Egemenliğin bir diğer sınırı ise mülkiyet hakkıdır. Devlet ailelerin özel mülkiyet hakkına dokunamaz bu doğrultuda vergilendirme de özel mülkiyete müdahale sayılacağı için vergiler ancak vergi verenlerin rızası ile konabilir. Machiavelli'nin aksine Bodin egemenin verdiği sözleri de onu sınırlayan unsurlardan bir olarak kabul etmiştir. Egemenin uyrukları ve diğer ülkelerle yaptığı antlaşmalar onu sınırlar⁷⁶.

Bodin'e göre siyasal iktidar insan eseridir ve bu dünyaya aittir. Kaynağı Tanrı'da olmasa da meşrudur. Meşruiyeti, tanrısal ve doğal yasalara uygun olmasından gelmektedir. Düşünür egemenliğin kaynağını Tanrı'da görmez ancak tanrısal sınırları olduğunu ve meşruiyetini buradan aldığını belirtir. Sonuç olarak Bodin'in teorisi belli ölçüde laik bir anlayışa dayansa da bazı kaygılar onu eski dönemlere özgü aşkın kavramlara yöneltmiştir. Bu durum Hobbes ile aşılacaktır.

C. Thomas Hobbes

Thomas Hobbes, kurguladığı egemenlik anlayışında egemen iktidarın zorunluluğunu göstermek için devlet öncesi döneme uzanarak varsayımsal bir teori üretmiştir. Buna göre doğa durumu olarak adlandırılan, toplumun ve devletin oluşmadığı bir dönemde insanlar korku ve güvensizlik içinde yaşamaktaydı. Bu, herkesin herkese karşı daima savaş halinde olduğu bir

⁷³ Uygun, 2019, s. 189; Akad / Vural Dinçkol / Bulut, s. 99

⁷⁴ Yalçınkaya, Ayhan. "Bodin'den Hobbes'a Doğru", *Sokrates'ten Jakobenlere Batı'da Siyasal Düşünceler*, Der. Mehmet Ali Ağaoğulları, 9. Baskı, İletişim Yayınları, İstanbul, 2019, s. 408.

⁷⁵ Yalçınkaya, s. 409, Uygun, 2019, s. 194.

⁷⁶ Akad / Vural Dinçkol / Bulut, s. 103.

dönemdi. Zira herkesi kontrol altında tutacak genel bir otoritenin yokluğunda herkesin birbiriyle savaşı kaçınılmazdı. İnsanlardaki ölüm korkusu ve rahat yaşama arzusu onları barışı aramaya yöneltti ve akılları sayesinde tekinsiz doğa durumundan kurtulmanın yolunu buldular⁷⁷.

Hobbes'e göre insanların doğa durumundan çıkıp toplumu ve devleti meydana getirmeleri herkesin herkesle yaptığı bir sözleşmenin sonucudur. "Herkes herkese senin de hakkını ona bırakman ve onu bütün eylemlerinde aynı şekilde yetkili kılmak şartıyla kendimi yönetme hakkını bu kişiye veya bu heyete bırakıyorum demişçesine..." Leviathan, devlet ya da Hobbes'un tabiri ile ölümlü Tanrı kurulmuştur⁷⁸. Böylece insanlar güvensizlik ortamından kurtulmak için bir sözleşme ile egemeni ortaya çıkarıp haklarını da ona devretmişlerdir. Herkes her şey üzerindeki mutlak hakından vazgeçip onun kullanımını egemene bırakmıştır. Bundan böyle insanların haklarını kendisine bıraktığı kişi veya meclisin iradesi, sözleşmeyi yapan insanların iradesinin yerine geçecek ve onları temsil edecektir⁷⁹.

Hobbes'un teorisinde insanların haklarını devrettiği kişi ya da meclis, sözleşmenin tarafı değildir. Sözleşme insanların kendi arasındadır. Hakların devredildiği kişi ya da meclisin durumu lehine sözleşme yapılan üçüncü kişi gibidir. Bu durum, hakların devredildiği kişi ya da meclisin, yani egemenin sözleşme ile bağlanmadığı anlamına gelir. Dolayısıyla egemenin eylemleri sözleşmeye aykırılık teşkil etmez. Egemen hiçbir yükümlülük altında değildir. Bunun bir sonucu olarak insanlar egemeni sözleşmeye uymamakla suçlayamaz, egemeni cezalandıramaz hatta egemenin eylemleri bile uyrukları tarafından eleştirilemez⁸⁰. Egemen, yasayı yapma, değiştirme ve ortadan kaldırma yetkisine sahip olan tek güç olduğu için kendi koyduğu yasalarla bağlı değildir. Egemenin kendi kendini bağlaması düşünülemez. Örf ve adet hukuku kuralları gibi yazılı olmayan hukuk kuralları egemenden kaynaklanmasa bile gücünü egemenin zımnî iradesinden alır. Kısacası hukukun tek kaynağı egemendir. Egemen barışı devam ettirmek ve güvenliği sağlamak için gereken tüm tedbirleri almaya yetkilidir. Hak ve özgürlükler de egemenin iradesinden kaynaklanır. Bu nedenle özgürlük egemenin kısıtlamadığı şeylerden ibarettir⁸¹. Hobbes'un egemene bu kadar geniş yetkiler tanınması ve onu sınırlandıracak hiçbir gücü kabul etmemesi barışın korunması ve güvenliğin sağlanması noktasında tek güvencenin egemen olduğunu düşünmesinden kaynaklanmaktadır. Hobbes, uyrukların egemene karşı ileri sürebilecekleri hak taleplerinin insanları yeniden bir çatışma ve kargaşa ortamına sürükleyeceğine inandığı için onların egemen karşısında haklarının olduğu görüşüne katılmaz⁸². Bu Hobbes'un ortaya koyduğu egemenlik anlayışının sınırsız ve mutlak olduğu anlamına gelir. Mesela Bodin'in teorisinde devletten önce de var olan mülkiyet hakkı egemeni sınırlayan hususlardan biridir. Oysa Hobbes'a göre devlet öncesi doğa durumunda herkes her şey üzerinde hak iddia edebildiği için mülkiyet hakkı diye bir şey söz konusu değildir. Ancak devletle birlikte egemen güç insanlara mülkiyet hakkı sağlayabilir. Uyruklara tanınan bu mülkiyet hakkı diğer kişilere karşı ileri sürülebilirse de egemene karşı ileri sürülemez⁸³. Düşünüre göre egemeni sınırlayacak tek durum kişilerin yaşama

⁷⁷ Hobbes, Thomas. *Leviathan*, Çev. Selim Lim, 21. Baskı, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2020, s. 99-103.

⁷⁸ Hobbes, s. 136.

⁷⁹ Göze, 159.

⁸⁰ Hobbes, s. 139-140.

⁸¹ Göze, s. 160-161.

⁸² Uygun, 2019, s. 205-206.

⁸³ Göze, s. 160.

hakkıdır. Sözleşme sırasında insanlar tüm haklarından mutlak olarak feragat ederler ve bu hakları egemene devrederler. Ancak sözleşme yapılırken devredilmeyen tek hak yaşama hakkıdır ve insanlar bu hakkı devlete karşı kullanabilirler⁸⁴. Aslında Hobbes devletin insanların yaşamları üzerinde tasarruf edebileceği ancak uyrukların da buna direnebileceğini savunur ve bu ikisi arasında bir çelişki görmez. Zira devlet barışı sürdürmek ve güvenliği sağlamak için ölüm cezası verme yetkisini yapılan sözleşmeden almıştır. Buna karşılık insanlar da yaşamlarını korumak için direnme güdülerini kendi tabiatlarından almıştır. Bu nedenle egemen kişilere ölüm cezası verdiğinde kişilerin buna direnme hakkı vardır. Görüldüğü gibi Hobbes için yaşama hakkı egemenin asla dokunamayacağı mutlak bir hak değildir. Dokunulduğunda karşı konulabilecek bir haktır⁸⁵.

Hobbes'un egemenlik teorisinin birbiri ile bağlantılı olan üç önemli özelliği vardır. İlk olarak Hobbes'un egemenlik anlayışı laiktir. Machiavelli ile ilahî kaynağından ayrılan egemenlik Hobbes'un teorisinde de bu özelliğini sürdürür. Hobbes'ta egemen güç Tanrı'nın temsilcisi değil, insanların dünyevi problemlerini çözmek için ortaya çıkardığı bir kurumdur. Bodin'de tanrısal ve doğal yasalar gibi laik anlayışla bağdaşmayan noktalar Hobbes için geçerli değildir. O, yasayı yalnızca egemenin iradesine tevdi etmiştir⁸⁶. İkinci olarak devletin ve egemenliğin kökenini toplum sözleşmesine dayandırma fikri Machiavelli'nin ihmal ettiği Bodin'de ise bulanık olan meşruiyet meselesini çözmüştür. Hobbes, egemenin yetkilerini, yönetilenlerin rızasına dayandırarak meşrulaştırmıştır⁸⁷. Üçüncü özellik, Hobbes'un egemenlik teorisinin mutlaklık ve sınırsızlık noktasında en ileri aşamaya ulaşmış olmasıdır. Barışın sürdürülmesinde ve güvenliğin sağlanmasında mutlak bir egemenlik vazgeçilmez kabul edilmiştir.

Hobbes'a göre bir sözleşme ile toplum tarafından ortaya çıkarılan egemenlik, meşruiyetini de yönetilenlerin rızasından almaktadır. Ancak bu durum halkın egemenliğin sahibi olduğu anlamına gelmez. Halk kendi haklarını devrederek egemenliği bir kişi veya meclise vermiştir. Yani egemenlik halkın değil, hakların devredildiği bu kişi veya meclisindir. Bu yönüyle Hobbes'un egemenlik anlayışı demokratiklikten uzaktır. Egemenlik kavramına demokratik boyut kazandıracak düşünür Jean-Jacques Rousseau'dur.

D. Jean Jacques Rousseau

Çağdaş demokrasi düşüncesinin temellerini atan düşünürlerden biri olan Rousseau, egemenliği de demokratik bir içeriğe kavuşturmuştur. Rousseau da Hobbes gibi teorisinde toplum sözleşmesi fikrine dayanmış ancak Hobbes'tan farklı olarak egemeni ortaya çıkaran insanların aynı zamanda egemenliğin de sahibi olduğunu savunmuştur. Bu yönüyle Rousseau, hem egemenlik kavramına modern bir meşruiyet sağlama hem de klasik egemenlik anlayışının sınırlanması konusunda önemli bir dönüm noktasıdır.

Rousseau'ya göre insanların devlet içinde eşit ve özgür oldukları bir düzen ancak bir sözleşme yapımlarıyla ya da böyle bir sözleşmenin yapıldığı fikrini kabul etmeleriyle ortaya çıkar. Hiç kimse doğal olarak bir başkasını yönetme yetkisine sahip değildir. Birileri zor ve baskıya

⁸⁴ Hobbes, s. 165-170.

⁸⁵ Uygun, *Devlet Teorisi*, s. 206-207.

⁸⁶ Özpolat, s. 159.

⁸⁷ Uygun, 2019, s. 201.

dayanarak başkalarını yönetebilir ancak bu yönetim meşru sayılamaz. Bu nedenle başkalarını yönetmek ancak yönetilenlerle yapılacak bir anlaşma ile meşru hale gelir. Rousseau'ya göre bu sözleşme, insanların haklarından tamamen vazgeçerek bütünüyle egemene devrettiği bir sözleşme olmamalıdır. Sözleşmeyle ortaya çıkan toplum biçimi “üyelerinden her birinin canını, malını bütün ortak güçle savunup koruyan... ..orada her insanın hem herkesle birleştiği halde yine kendi buyruğunda kaldığı...” bir toplum biçimi olmalıdır. Bunu gerçekleştirmek için yapılan sözleşmede, tüm insanlar bütün haklarıyla kayıtsız ve şartsız kendini topluma bağlayacaktır. Bu durum herkes açısından geçerli olacağı için eşitlik bozulmayacaktır. Ayrıca kendini topluma bağlayan kişi aslında hiç kimseye bağlamış olmaz. Çünkü her üyenin kendi üzerinde tanıdığı hak kadar başkası üzerinde hakkı vardır. Yani her insan kendini tamamen topluma verince durum herkes için eşit olacak ve kimse kimseye üstünlük kuramayacaktır⁸⁸.

Belirtilen şartlar altında yapılan sözleşme sonrasında sözleşmeyi yapanların kişisel varlığı manevi ve kolektif bir bütüne dönüşür. Buna “genel irade” denir. Rousseau'da egemenlik genel iradenin kullanılmasıdır ve bazı özellikleri vardır.⁸⁹ İlk olarak, genel irade ya da egemenlik devredilemez. Sözleşmeyi yapanların tamamının iradesi olduğu ve kolektif bir bütünü ifade ettiği için genel iradenin başkasına geçirilmesi mümkün değildir. İktidar başkasına geçse de genel irade yani egemenlik başkasına geçemez⁹⁰. Genel iradenin ikinci özelliği temsil edilememesidir. Kolektif bir varlık olan genel iradeyi ancak kendisi temsil edebilir. Bir irade ya geneldir ya da başkasının iradesidir. İkisinin ortası olamaz. İradenin temsilini kabul etmek kişinin gelecekteki isteklerini ve kararlarını bir başkasına bırakması demektir ve bu anlamsızdır⁹¹. Rousseau'nun düşüncesinde egemenliğin temsil edilememesi doğrudan demokrasiyi gerekli kılar. Böyle olduğu için Rousseau, milletvekillerinin milletin temsilcileri olmadığını, onların olsa olsa geçici işlerin görevlileri olabileceğini ve hiçbir kesin karara da varamayacaklarını düşünür. Ona göre, egemenliğin kullanımı olan yasalar da ancak halkın onayıyla geçerlilik kazanabilir. Halkın onaylamadığı hiçbir kural; yasa değerine sahip değildir⁹². Genel iradenin bir diğer özelliği de onun bölünemez olmasıdır. Bir irade genel ise halkın bütünüdür. Bu da yasa değerindedir. Eğer irade halkın bütününe ait değil ve bölünmüş ise bu onun genel olmadığını gösterir⁹³. Son olarak genel irade yani egemenlik yanılmazdır. O, hata yapmaz her zaman doğrudur. Bu halkın her zaman doğru olduğu anlamına gelmez. Çoğu zaman halkın istekleri birbirinden farklıdır. Ancak çatışan bu istekler sonunda ortaya genelin iradesi çıkar ve kamu yararına yönelik olan bu irade yanılmazdır⁹⁴.

Görüldüğü gibi Rousseau'da tek sınırı kamu yararı olan egemenlik, içerik olarak neredeyse aynı kalmıştır. Egemenlik yine mutlak, bölünmez, devredilmezdir. Düşünür bu özelliklere bir de onun yanılmaz olmasını eklemiştir. Ancak artık egemenliğin sahibi değişmiştir. Ne teokratik düşüncede olduğu gibi Tanrı'nındır ne de Hobbes'un teorisindeki gibi hakların tamamen

⁸⁸ Rousseau, Jean-Jacques. *Toplum Sözleşmesi*, Çev. Vedat Günyol, 27. Baskı, İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 2020, s. 14.

⁸⁹ Göze, s. 226.

⁹⁰ Rousseau, s. 23.

⁹¹ Rousseau, s. 24.

⁹² Rousseau, s. 90.

⁹³ Rousseau, s. 24.

⁹⁴ Rousseau, s. 26-27.

devredildiği kralın ya da meclisindir. Egemenlik halkındır ve halk bu egemenliği doğrudan kullanır.

Rousseau'nun ortaya koyduğu sistem, özellikle iki açıdan eleştirilmiştir: Bunlardan ilki egemenliğin ancak doğrudan demokrasi yoluyla kullanılacağı için büyük devletlere uygun olmamasıdır. İkincisi ise genel iradeden ayrı düşünen kişilerin özgürlüklerini yok sayması ve çoğunluğun despotizmi tehlikesini barındırmasıdır⁹⁵. Buna rağmen Rousseau'nun fikirleri 1789 Fransız İhtilali'ni derinden etkilemiş ve ihtilalle birlikte uygulama alanı bulmuştur. Hatta 1789 Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi'nin bazı ilkeleri doğrudan Rousseau'nun fikirlerine dayanır⁹⁶.

E. Emmanuel Sieyes ve Fransız İhtilali

1789 yılında Fransa'da gerçekleşen devrim, tarihte bir dönüm noktası olmuş ve siyasi, sosyal, ekonomik alanda pek çok değişimi beraberinde getirmiştir. Devrimin etkileri yalnızca Fransa ile sınırlı kalmamış sonrasında tüm dünyaya yayılmıştır. Bu tarihe kadar düşünsel alanda gelişimini sürdüren demokratik egemenlik, Devrim ile birlikte belli ölçüde pratiğe aktarılmıştır. Bu konuda Emmanuel Sieyes'in rolü büyüktür.

Emmanuel Sieyes, 1789'da yazdığı "Tiers Etat (Üçüncü Sınıf) Nedir?" adlı eserle devrimin fikri öncülerinden biri olmuştur. Sieyes bu eserinde aralarında egemenliğin seyrini değiştiren toplumsal sınıf burjuvazinin de bulunduğu üçüncü sınıfı harekete geçirerek kralın egemenliğini sarsmıştır. Eserinde "üçüncü sınıf nedir" sorusuna "her şeydir" cevabını vermiştir. Ona göre üçüncü sınıf tüm ulustur. Bir milletin varlığı ve refahı için ne lazımsa bunların neredeyse hepsini yapan kesimdir. Ancak üçüncü sınıf şimdiye kadar hep ezilmiştir. Ulus müşterek bir yasa altında yaşayan ve aynı yasa koyucu tarafından temsil edilen bir bütündür. Ancak diğer sınıflar kendilerini bu bütünden ayırmışlardır. Onların durumu "devlet içinde devlet" (imperium in imperio) gibidir⁹⁷. Sieyes'in kitapta sorduğu bir diğer soru ise üçüncü sınıfın şimdiye kadar ne olduğudur. Bunun cevabı ise "hiçbir şey"dir. Çünkü şimdiye kadar Etat Generaux'da⁹⁸ gerçek temsilcileri bulunmamıştır. Sözde temsilciler kendi çıkarlarını düşünüp ayrıcalık kazanmaya çalışanlardan ibarettir. Bu yüzden üçüncü sınıf siyasi haklar bakımından bir hiçtir⁹⁹. Sieyes'in son sorusu ise üçüncü sınıfın ne olmak istediğidir. Buna ise "bir şeyler" cevabını verir. Sieyes'in isteklerinin sonucu Etat Generaux'un yalnızca üçüncü sınıfın temsilcilerinden oluşması yani ulusal bir meclisin kurulmasıdır¹⁰⁰. Bu düşüncelerle Sieyes, devletin en üstün gücünü ulusa atfeder ve ulusal egemenlik anlayışını devrimin temeline yerleştirir.

Devrimin patlak vermesinin ardından yaşanan mücadeleler burjuvazi ve halkın galibiyetiyle sonuçlanmış ve kurulan Ulusal Meclis, Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi'ni yayımlamıştır. Böylece egemenlik anlayışı da çok büyük bir değişime uğramıştır. Devletin gücünün toplumdan geldiği kabul edilerek ulusal egemenlik kavramı devlet sisteminin merkezine oturtulmuştur. Devrimle birlikte egemenlik yalnızca el değiştirmiş, kraldan ulusa geçmiştir. Yoksa

⁹⁵ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Uygun, 2019, s. 238-241 ve 247-249.

⁹⁶ Göze, s. 238.

⁹⁷ Sieyes, Emmanuel. "Tiers Etat Nedir?", Çev. Süpheyl Derbil, *AÜHFD*, C. 8, S. 1, 1958, s. 149-153.

⁹⁸ États Généraux yani Genel Meclis Fransa'da Fransız Devrimi'nden önceki dönemde görev yapmış olan parlamento.

⁹⁹ Sieyes, s. 153-157.

¹⁰⁰ Sieyes, s. 157-169.

özünde bir değişime uğramamıştır. Mutlaklık, süreklilik gibi nitelikler hala devam etmektedir. Egemenliği ele geçiren ulus, aynı zamanda onun meşruiyetini de sağlamaktadır. Artık egemenlik meşruiyetini Tanrı'dan veya Tanrı tarafından seçilmiş kraldan değil modern yasa koyucu olan ulustan almaktadır¹⁰¹. Bu durum Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi'nin üçüncü maddesiyle pozitif bir güvenceye de sahip olmuştur. Bildirgenin 3. maddesine göre, "Egemenlik özü esas olarak ulustadır. Hiçbir kuruluş, hiçbir kimse açıkça ulustan kaynaklanmayan bir iktidarı kullanamaz"¹⁰².

Devrimin getirdiği yeniliklerden birisi de herkesin doğal, vazgeçilmez ve devredilmez nitelikte haklara sahip olduğu fikridir. Kişilerin sırf insan olması nedeniyle doğuştan sahip olduğu doğal, vazgeçilmez ve devredilmez haklarının olduğu anlayışı, sınırsız egemenlik anlayışının da son bulduğunu göstermesi bakımından önemlidir. Aslında daha önce de bazı düşünürler Tanrısal ve doğal yasaların egemenliğin sınırını teşkil ettiğini söylemiştir ancak bu görüşler düşüncede kalmış hiçbir zaman pozitif bir güvenceye kavuşmamıştır. Böyle olunca da bu sınırlara uymak egemenin iradesine bırakılmıştır. Devrim ile birlikte doğal haklar bildirgenin ilk maddesinde yerini alarak pozitif dayanağa kavuşmuştur.

Getirilen yenilikler egemenlik kavramını bir ölçüde demokratikleştirmesine rağmen devrim sonrasında yaşananlar devrimin amacına ulaşmadığı ya da amacından saptığı şeklinde yorumlanmıştır. Zira egemenliği kraldan alıp ulusa verdiğini iddia eden burjuvazi, kendi çıkarları doğrultusunda halkı yönetimden uzak tutacak bir formül geliştirmiştir¹⁰³. Aktif yurttaşlık denen bu sistemde genel oy ilkesi geçerli değildir. Siyasi hakları kullanabilmek için malvarlığı koşulu aranmaktadır. Seçme ve seçilme hakkından yararlanmak için belli bir miktarda vergi vermek zorunluluğu vardır. Aslında seçme ve seçilme, bir hak olarak görülmemiş bir görev olarak değerlendirilmiştir. Devrimi yapan burjuvazi halkın henüz yeterli siyasi olgunlukta olmadığını iddia ederek egemenliğin halk tarafından bizzat kullanılmasına engel olmuştur. Siyasi haklara sahip yurttaşlar aktif, geri kalanı ise pasif yurttaş sayılmıştır¹⁰⁴. Böylece maddi açıdan daha fazla imkâna sahip burjuvazi, halkın geri kalan kısmına göre temsilde daha avantajlı hale gelmiştir. Bu durumu devrimin en önemli iddiası olan hatta devrimin sloganı haline gelmiş eşitlik ilkesi ile bağdaştırmak mümkün değildir. Bu durumdan burjuvazinin kral ve imtiyazlı sınıflardan kurtulabilmek için eski rejimi lağvetmek istediği ama gerçekten halka dayanan bir rejim kurmayı arzu etmediği anlaşılmaktadır. Burke'e göre de devrim, "eşitlik, özgürlük, kardeşlik" için verilen bir mücadele değil, iktidar için verilen bir mücadeledir¹⁰⁵.

IV. Demokratik ya da Beşerî Egemenliğin İki Farklı Görünümü: Halk Egemenliği ve Ulus Egemenliği Ayrımı

Demokratik egemenlik teorilerine göre egemenlik, Tanrı'dan değil insanlardan kaynaklanır; kullanımı bakımından da krala değil halka veya millete aittir. Bu teoriler, egemenliğin hem kaynağının hem de kullanımının insanlarda olduğunu belirtir. Gözler'e göre bu

¹⁰¹ Hakyemez, s. 42-45.

¹⁰² Bildirinin tam metni için bkz. Göze, s. 248-250.

¹⁰³ Hakyemez, s. 49.

¹⁰⁴ Göze, s. 613; Teziç, s. 111.

¹⁰⁵ Şenses, Mihriban. "Edmund Burke'ten Hareketle Devrim Eleştirisi" *Liberal Düşünce Dergisi*, C. 23, S. 91-92, 2018, s. 82.

teorilerin demokratik bir rejim sağlayıp sağlayamadıkları oldukça tartışmalı olduğu için bunlara “beşerî egemenlik teorileri” demek daha doğrudur¹⁰⁶. Egemenliğin insanlara ait olduğu fikri eskiden beri var olsa da¹⁰⁷ bunun teori olarak gelişmesi ve pozitif hukuka yansması 17. ve 18. yüzyılında gelişen siyasi ve hukuki görüşlerin ve 1789 Fransız Devrimi’nin sonucundadır¹⁰⁸. Demokratik egemenlik teorileri, “halk egemenliği teorisi” ve “milli egemenlik teorisi” olarak ikiye ayrılır¹⁰⁹. Her iki teorisinin de ortak noktası egemenliği insanlara vermesidir. Birbirinden ayrıldığı nokta ise egemenliğin sahibi olan insan kitlesinden ne anlaşılması gerektiğidir. Bu farklılık 1789 Fransız Devrimi sonrası burjuvazinin iktidar yapısını kendisine göre değiştirmesinden kaynaklanmaktadır¹¹⁰.

A. Halk Egemenliği Teorisi

Halk egemenliği teorisine göre egemenlik halka aittir. Halk ise somut bir varlık olarak belirli bir anda belirli bir toprak parçası üzerinde yaşayan vatandaşlar topluluğudur¹¹¹. Bu anlayışa göre egemenlik, halkı oluşturan bireylere ayrı ayrı verilmiştir. Her bir bireyin egemenlikte payı vardır. Her birey egemenliğin belli bir parçasına sahiptir¹¹². Rousseau, bu teoriyi şöyle izah eder: “Diyelim devlet on bin yurttaştan oluşmuş olsun.... Her birinin payına egemen gücün on binde biri düşer.¹¹³” Devletteki üstün güç toplumu oluşturan bireylerden ayrı manevi kişiliğe sahip bir varlığa değil doğrudan doğruya toplumu teşkil eden bireylere aittir. Halk egemenliği anlayışında, egemenliğin doğrudan demokrasi yoluyla kullanılması ve genel oy ilkesinin geçerli olması daha uygundur¹¹⁴.

1789 Fransız Devrimi sonrasında burjuvazi halk egemenliği anlayışını kendi çıkarlarına uygun bulmamıştır. Toplumdaki bütün bireylerin egemenlikten eşit pay alması onların yönetiminde de eşit söz hakkına sahip olması demektir. Bu durumu menfaatlerine aykırı bulan burjuvazi, demokratik görünümü başka bir egemenlik anlayışını benimsemiştir. Nitekim uygulamaya geçen anlayış da burjuvazinin benimsediği ve adına “ulus egemenliği teorisi” denilen anlayış olmuştur.

B. Ulus Egemenliği Teorisi

Ulus ya da millet egemenliği teorisine göre egemenlik ulusa aittir. Ulus, halktan farklı olarak belirli bir anda belirli bir toprak parçası üzerinde yaşayan vatandaşlardan daha geniş kapsamlıdır. Ulus kendisini oluşturan bireylerden ayrı ve onların üzerinde yer alan manevi bir varlıktır. Geçmişte yaşamış olan, bugün yaşayan ve gelecekte yaşayacak olan insanlar da ulus kavramının içindedir¹¹⁵. Ulusun kendisini oluşturan bireylerden ayrı kendisine özgü bir kişiliğe ve iradeye sahip olduğuna inanılır.

Ulus egemenliği ancak temsilciler aracılığı ile kullanılabilir. Bu bir zorunluluktur. Çünkü ulus kavramı bugün yaşayan vatandaşların dışında geçmişte yaşamış olan ve gelecekte yaşayacak

¹⁰⁶ Gözler, 2018, s. 89. Ancak yazar yerleşmiş bir terim olduğu için demokratik egemenlik teorileri terimini kullanır.

¹⁰⁷ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Teziç s. 107-108; Anayurt, s. 249.

¹⁰⁸ Küçük, s. 322.

¹⁰⁹ Okandan, s. 757; Gözler, 2018, s. 89; Anayurt, s. 249.

¹¹⁰ Ağaoğulları, s. 22.

¹¹¹ Gözler, 2018, s. 92; Küçük, s. 336.

¹¹² Okandan, 763; Hakyemez, 64; Anayurt, 249.

¹¹³ Rousseau, s. 55.

¹¹⁴ Okandan, s. 762.

¹¹⁵ Gözler, 2018, s. 89.

olan insanları da kapsayan farazi bir topluluktur. Böyle bir topluluk iradesini doğrudan açıklayamayacağına göre bunu zorunlu olarak temsilcilere bırakacaktır¹¹⁶. Ayrıca ulus egemenliği teorisinde genel oy ilkesi yerine sınırlı oy ilkesi daha uygundur. Çünkü seçmenler kendi iradelerini değil de ulusun iradesini açıkladıkları için ulusun iradesini iyi temsil etmek zorundadırlar. Bu nedenle oy verme hakkı herkese değil bu görevi en iyi şekilde yerine getirecekler verilmalıdır. Ancak eğitilmiş, sorumluluk sahibi vatandaşlar bu göreve layıktır¹¹⁷.

Yukarıda belirtildiği gibi ulus egemenliği teorisi Fransız Devrimi sonrası iktidarı ele geçiren burjuvazinin çıkarları için daha uygundur. Çünkü ulus egemenliği anlayışında egemenliğin ulusun tamamına verilmesi, burjuvazinin monarşiye karşı olan mücadelesinde halkın desteğini almasına neden olmuştur. Halkın desteği sayesinde burjuvazi, iktidarı elinde bulunduran ayrıcalıklı kesimleri devlet yönetiminden uzaklaştırılmıştır. Ancak egemenliğin kullanımının sadece temsil yoluyla gerçekleşebilmesi ve maddi gücü elinde bulunduran burjuvazinin parlamentoya girmek noktasında çok daha avantajlı olması halk kitlelerinin yönetimden uzak kalmasını sağlamıştır¹¹⁸. Aynı zamanda görünürde egemenlik hala ulusun tamamında olduğu için burjuvazinin bu düzeni meşrulaştırmıştır. Kutsallaştırılan ulus ve ulus egemenliği anlayışı bu gerçeği gizlemiş ve halk uzun süre iktidarda olmadığını anlayamamıştır.

SONUÇ

Devletin kurucu unsurlarından biri olan egemenlik, Avrupa’da Orta Çağ’ın siyasî yapısının çözülmesiyle ortaya çıkan, modern devlete ait bir kavramdır. Bu açıdan kavramın ortaya çıkışı aynı zamanda modern devletin ortaya çıkışını anlatmaktadır. Modern devlet öncesi siyasî yapılarda da var olan üstün emre gücünün egemenlik olarak adlandırılmayışı onun unsurlarının birbirinden ayrı olması nedeniyledir. İktidarın ilkesi olarak ifade edilen “autocritas”ın yeryüzüne indirilerek iktidarın kullanımı olan “potestas” ile birleşmesi egemenlik kavramını da ortaya çıkarmıştır. Kavramın doğuşu bu açıdan bir laikleşme sürecini ifade etmektedir. Egemenlik, feodal düzendeki toprak ekonomisinin kapital ekonomiye evrilmesi ve burjuvazinin yükselişiyle yakından ilişkilidir. Kavramın ortaya çıkışı bu yönüyle iktisadi bir dönüşüme de işaret etmektedir.

Egemenlik aynı zamanda devletin giderek soyut bir yapıya dönüşmesi sürecidir. Machiavelli iktidarı dünyevileştirmişse de onu hükümdardan ayrı düşünmemiştir. Bodin, kazandırdığı süreklilik unsuru sayesinde hem egemenliği bir teori haline getirmiş hem de devleti ve onun üstün gücünü hükümdarın şahsından ayırmıştır. Hobbes’ta ise egemenlik, kendisine devredilen iradelerin bütünü olarak soyut bir tasarım, devlet ise egemen tarafından yönetilen yapay bir işleyiştir. Rousseau’nun halk egemenliği teorisinde devlet, halkın bağlanmasıyla ortaya çıkan manevi ve kolektif irade tarafından işleyen bir mekanizmadır. Fransız Devrimi sonrasında ortaya çıkan ulus egemenliği ile devletin üstün gücü artık ulusa yani kendisini oluşturan bireylerden ayrı ve onların üzerinde yer alan manevi bir varlığa dayanmaktadır.

Modern devletin ortaya çıkmasından önce kaynağının Tanrı’da olduğuna inanılan egemenlik, Fransız Devrimi ile birlikte ulusa geçmiştir. Ulus ise kendisini oluşturan bireylerin iradesinden ayrı, sayısal olarak bireylerin toplamından daha fazla, manevî bir şahsiyete sahiptir.

¹¹⁶ Teziç, s. 111; Kaboğlu, s. 181.

¹¹⁷ Gözler, 2018, s. 90.

¹¹⁸ Hakyemez, s. 67.

Bunun anlamı eskiden olduğu gibi bugün de egemenliğin kaynağı bakımından aşkın ve metafizik bir kavram olmasıdır. Tanrısal olanla bağları koparılmış ancak metafizik olmaktan kurtulamamıştır. Bu durum belki de egemenlik gibi böylesine büyük bir gücün yeryüzüne ait olamayacağı fikrine dayanmaktadır. Devletin, uyruklarının hak ve özgürlüklerini etkileyecek nihai kararlar almasını sağlayan bir gücü meşrulaştırması, bu gücü kaynağı bakımından aşkın bir alanda tutmasıyla ve onu kutsallaştırmasıyla mümkün olabilir. Schmitt'in "Modern devlet kuramının bütün önemli kavramları, dünyevileştirilmiş ilahiyat kavramlarıdır"¹¹⁹.” sözü en azından egemenlik açısından doğru gibi gözükmektedir.

Teorik arka planının yanında egemenlik her dönem bazı pratik ihtiyaçlara hizmet eden bir kavram olmuştur. Her şeyden önce egemenlik, devletin gücünün diğer tüm güçlerden üstün olması ve rakip tanımaması nedeniyle yönetimde düzenin sağlanmasına yaramıştır. Kavramın dış boyutu ise fiilen olmasa da hukuki olarak devleti, herhangi bir dışsal müdahaleden korumuştur.

Bu çalışmada, ortaya çıkışından ulus egemenliği anlayışına ulaşmasına kadar ele alınan kavram; dönüşümünü sürdürmektedir. İnsan haklarının öneminin giderek artması, federal devlet gibi çok katmanlı siyasal yapılar, uluslararası ilişkilerde yaşanan gelişmeler, küreselleşme ile birlikte sermayenin ulusal sınırları aşması gibi olgular egemenlik kavramını aşındırarak dönüştürmeye devam etmektedir. Bu nedenle egemenlik kavramı, önümüzdeki dönemlerde de siyaset biliminin ve kamu hukukunun en önemli konularından biri olmaya devam edecektir.

KAYNAKÇA

Ağaoğulları, Mehmet Ali. "Demokratik Mitoslar: Halk-Ulus Egemenliği ve Siyasal Temsil", *AÜSBFD*, C. 46, S. 1, 1991. s. 21-30.

Akad, Mehmet / Vural Dinçkol, Bihterin / Bulut, Nihat. *Genel Kamu Hukuku*, 13. Baskı, Der Yayınları, İstanbul, 2017.

Akkuş, Selahattin. *Modern Egemenliğin Doğuşu: Pratik ve Kavramsal Belirleme*, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), İstanbul, 1995.

Anayurt, Ömer. *Anayasa Hukuku Genel Kısım (Temel İlkeler Kavram ve Kurumlar)*, 2. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2019.

Arslaner, M. Nazan / Eryücel, Ertuğrul. "Küreselleşme Sürecinde Egemenlik Kavramının Dönüşümü" *Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, C. 17, S. 1, 2013, s. 23-36.

Aybudak, Utku, "Modern Devlet Bağlamında Ortaya Çıkan Egemenlik Kavramı ve Egemenliğin Dönüşümü", *Uluslararası Sosyal Araştırmalar Dergisi*, C. 10, S. 54. 2017, s. 226-237.

Beriş, H. Emrah. "Egemenlik Kavramının Tarihsel Gelişimi ve Geleceği Üzerine Bir Değerlendirme", *AÜSBFD*, C. 63, S. 01, 2008, s. 55-80.

Beriş, H. Emrah. *Egemenlik Modern Devletin İnşası*, 3. Baskı, Kadim Yayınları, Ankara, 2021.

Bodin, Jean. *Six Books of the Commonwealth*, Trans. by, M. J. Tooley, Basil Blackwell, Oxford, 1955.

Brown Wendy, Yükselen Duvarlar Zayıflayan Egemenlik, Çev. Emine Ayhan, 1. Baskı, Metis Yayınları, İstanbul 2011.

¹¹⁹ Schmitt, Carl. *Siyasi İlahiyat Egemenlik Kavramı Üzerine Dört Bölüm*, Çev. A. Emre Zeybekoğlu, 5. Baskı, Dost Kitabevi, Ankara, 2016, s. 41.

Cambridge Dictionary, <https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/sovereignty>, (Erişim Tarihi:01.02.2021.)

Çağlayan, Ramazan. *İdare Hukuku Dersleri*, 5. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017.

Duguit, Leon. “Egemenlik ve Özgürlük” *Devlet Kuramı*, Der. Cemal Bali Akal, Dost Kitabevi, 5. Baskı, Ankara, 2018.

Duguit, Leon. *Kamu Hukuku Dersleri*, Çev. Sühep Derbil, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1954.

Erdal, Selcen. “Siyasal Düşünürler ve Modern Egemenlik”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 18, S. 2, 2010. s. 83-115.

Göze, Ayferi. *Siyasal Düşünceler ve Yönetimler*, 18. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2020.

Gözler, Kemal. *Devletin Genel Teorisi*, 9. Baskı, Ekin Yayınları, Bursa, 2018.

Gözler, Kemal. *Anayasa Hukukunun Genel Esasları*, 4. Baskı, Ekin Yayınları, Bursa, 2013.

Hakyemez, Yusuf Şevki. *Mutlak Monarşilerden Günümüze Egemenlik Kavramı*, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2004.

Hobbes, Thomas. *Leviathan*, Çev. Selim Lim, 21. Baskı, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2020.

Kaboğlu, İbrahim Ö. *Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar)*, 7. Baskı, Legal Yayınları, İstanbul, 2011.

Koçak, Mustafa. *Batı’da ve Türkiye’de Egemenlik Anlayışının Değişimi Devlet ve Egemenlik (Eski Kavramlar-Yeni Anlamlar)*, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2006.

Kozak, İbrahim Erol. *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi*, Palet Yayınları, Konya, 2018.

Kozak, İbrahim Erol. *Kadim Dönemler Genel Hukuk Tarihi*, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2011.

Küçük, Adnan. “Egemenlik (Hakimiyet) Halk Egemenliği ve Milli Egemenlik Tartışmaları ve Egemenlik Anlayışında Esaslı Dönüşüm”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, C. 0, S. 6, 2015, s. 331-361.

Lütem, İlhan Raşit. *Egemenlik Kavramı ve Devletlerarası Hukuk*, Sakarya Basımevi, Ankara, 1947.

Maret, Gerard. “Padovalı Marsilius’dan Louis XIV’e Laik Devletin Doğuşu”, *Devlet Kuramı*, Der. Cemal Bali Akal, 5. Baskı, Dost Kitabevi, Ankara, 2018.

Merriam Webster Law Dictionary, <https://www.merriam-webster.com/dictionary/sovereignty#legalDictionary>, (Erişim Tarihi: 01.02.2021.)

Okandan, Recai G. *Umumi Amme Hukuku*, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1968.

Özdemir, Gürbüz. “Batı’da ve Türklerde Egemenlik Kavramı” *Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, S. 23, 2015, s. 123-138.

Özman, M. Aydoğan. “Devletlerin Egemenliği ve Milletlerarası Teşekküller”, *AÜHFD*, C. 21, S. 1, 1964, s. 53-121.

Özpolat, Haşim. “Tanrının Siyasetinden Siyasetin Tanrısına Egemenlik Kavramının Dönüşümü” *MÜHF-HAD*, C. 23, S. 2, 2017, s. 143-166.

Rousseau, Jean-Jacques. *Toplum Sözleşmesi*, Çev. Vedat Günyol, 27. Baskı, İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 2020.

Schmitt, Carl. *Siyasi İlahiyat Egemenlik Kavramı Üzerine Dört Bölüm*, Çev. A. Emre Zeybekoğlu, 5. Baskı, Dost Kitabevi, Ankara, 2016.

Sieyes, Emmanuel. “Tiers Etat Nedir?”, Çev. Süpheyl Derbil, *AÜHFD*, C. 8, S. 1, 1958, s. 136-207.

Sunay, Reyhan. *Tartışılan Egemenlik*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2007.

Şenses, Mihriban. “Edmund Burke’ten Hareketle Devrim Eleştirisi” *Liberal Düşünce Dergisi*, C. 23, S. 91-92, 2018, s. 75-93.

Tannenbaum, Donald G. *Siyasî Düşünce Tarihi*, Çev. Orhan Özgüç, 3. Baskı, BB101 Yayınları, Ankara, 2019.

Türcan, Talip. *Devletin Egemenlik Unsuru ve Egemenlikten Kaynaklanan Yetkileri*, 1. Baskı, Ankara Okulu Yayınları, Ankara, 2001.

Türk Dil Kurumu Türkçe Sözlük, Türk Dil Kurumu Yayınları, Ankara, 1988.

Türk Hukuk Lügati, 3. Baskı, Başbakanlık Basımevi, Ankara, 1991.

Uygun, Oktay, “Üniter ve Federal Devlet Açısından Egemenliğin Bölünmezliği İlkesi”, *Kamu Hukuku İncelemeleri*, On İki Levha Yayınları, 2. Baskı, İstanbul, 2013.

Uygun, Oktay, *Devlet Teorisi*, On İki Levha Yayınları, 6. Baskı, İstanbul, 2019.

Yalçınkaya, Ayhan. “Bodin’den Hobbes’a Doğru”, *Sokrates’ten Jakobenlere Batı’da Siyasal Düşünceler*, Der. Mehmet Ali Ağaoğulları, 9. Baskı, İletişim Yayınları, İstanbul, 2019.

Zabunoğlu, Yahya, K. *Devlet Kuramına Giriş*, İmaj Yayınevi, Ankara, 2015.

Hükümlü veya Tutuklunun Kaçması Suçu (Tck M. 292-293)

Murat AKSAN 

Dr. Öğr. Üyesi, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku, maksan@gmail.com
(Sorumlu Yazar / Corresponding Author)

| Makale Bilgileri | ÖZ |
|---|---|
| Makale Geçmişi Geliş: 13.05.2022 Kabul: 27.06.2022 Yayın: 27.06.2022 | <p>Bu çalışmada hükümlü veya tutuklunun kaçması suçu ele alınmıştır. Bu suç, TCK'nın Adliye Karşı Suçlar bölümünde 292. ve 293. maddelerinde düzenlenmiştir. 292. madde düzenlemesinin 1. fıkrasında suçun temel hali (sadece kaçma), 2. fıkrasında suçun cebir veya tehdit kullanılarak işlenmesi, 3. fıkrasında ise silahlı olarak ya da birden çok tutuklu veya hükümlü tarafından birlikte işlenmesi nitelikli hal olarak öngörülmüştür. 4. fıkrasında içtimaya ilişkin özel hüküm sevk edilmiş, 5. fıkrasında ise ceza infaz kurumu dışında çalıştırılan hükümlüler ile hapis cezası adli para cezasından çevrilmiş olanların kaçma suçunu işleyebilecekleri hüküm altına alınmıştır. 293. maddede ise etkin pişmanlık kurumuna yer verilmiştir. Çalışmada bütün bu haller detaylı bir şekilde incelenmiştir. Hangi hallerde kaçma suçunun oluşacağı ve hangi hallerde nitelikli hallerin uygulanacağı, teşebbüs, iştirak, içtimaya ilişkin oluşabilecek durumlar ve etkin pişmanlık kurumu doktrinindeki görüşler ve Yargıtay kararları çerçevesinde incelenmiştir.</p> |
| Anahtar Kelimeler: Firar, Kaçma suçu, Hükümlünün kaçması, Tutuklunun kaçması, Etkin pişmanlık. | |

The Crime of Escape of a Convict or Detainee (Tpc Article 292-293)

| Article Info | ABSTRACT |
|---|---|
| Article History Received: 13.05.2022 Accepted: 27.06.2022 Published: 27.06.2022 | <p>In this study, the crime of Escape of a Convict or Detainee is discussed. This crime is regulated in Articles 292 and 293 of the Turkish Penal Code section "Offences Against The Judicial Bodies or Court". In Article 292 first paragraph regulates the basic state of the crime (only escape) and in the second paragraph, the commission of the crime by using force or threat is regulated. In the third paragraph of the same Article it is stipulated as a qualified case that the crime is committed by armed forces or by more than one detainees or convicts together. In paragraph 4, a special provision regarding the aggregation has been referred and in paragraph 5, it is stipulated that this Article can also apply to convicts who are working outside a prison or to those whose penalty of imprisonment has been committed to a judicial fine. Article 293 includes the provision of effective remorse regarding the crime. In this study, all these articles were examined in detail. In which cases the crime of escaping will occur and in which cases qualified cases will be applied, the situations that may occur regarding the attempt, participation and aggregation and effective remorse rule have been examined in the scope of the opinions in the doctrine and the decisions of the Supreme Court.</p> |
| Keywords: Escape, the crime of escaping, The escape of the convict, The escape of the detainee, Effective remorse. | |

Atıf/Citation: Aksan, M. (2022). Hükümlü veya Tutuklunun Kaçması Suçu (Tck M. 292-293), *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 5(1), s.236-301.

Plagiarism: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. // This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.



"This article is licensed under a [Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/). (CC BY-NC 4.0)"

Çalışmanın niteliğinin gerektirmesi sebebiyle derginin yazım kurallarında belirlenen kelime sınırının aşılmasına müsaade edilmiştir. **Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Editörler Kurulu**

GİRİŞ

Tutuklama tedbiri ve hapis cezası kişi hürriyetini sınırlamaktadır. Aslında kişinin hürriyetinin sınırlandırılmasıyla diğer bütün hakların kullanımının ön şartı olan hareket hürriyetinden yoksun bırakılmaktadır¹. Yani tutuklanarak veya hapsedilerek hürriyetinden yoksun bırakılan kişi, bir yerde kalmaya mecbur tutulmakta, seyahat edememekte, sevdiklerinden ve alışkanlıklarından ayrı düşmekte, işini yapamamakta, ailesinden ayrı kalmakta, ailesine bakamamakta ve bunlar gibi hayatın olağan akışındaki normal olarak yapabildiği pek çok faaliyeti gerçekleştirememektedir². Öbür yandan cezaevleri ve tutukevlerindeki zor şartlar, diğer mahkum veya tutuklulardan gelen tehlikeler, kötü muameleler, sapkınlıklar gibi birçok olumsuzluklar da tutuklu ve hükümlülerin bedensel ve ruhsal dayanıklılıklarını yıpratmaktadır. Dolayısıyla gerek normal yaşamından kopuşun verdiği üzüntü ve özlem, gerekse cezaevleri ve tutukevlerindeki zorluklar nedeniyle tutuklu veya hükümlüler firar edebilmektedir³. Hatta bazen hakkında kesinleşmiş bir mahkumiyet kararı bulunan kişiler de belirtilen durumlarla karşılaşmamak için cezanın infazına başlanmadan kaçabilmektedir.

Bu çalışmada öncelikle hükümlü veya tutuklunun kaçmasının cezalandırılması gerekip gerekmediğine, gerekiyorsa hangi hallerde cezalandırılması gerektiğine ilişkin görüşlerden bahsedilecek ve mukayeseli hukuktaki düzenlenişine değinilecektir. Daha sonra hukukumuz açısından hükümlü veya tutuklunun kaçması suçunun hangi hallerde oluşacağı, hangi durumlarda nitelikli hallerin gerçekleşeceği, kimlerin bu suçu işleyebileceği, teşebbüs, iştirak, içtimaya ilişkin oluşabilecek durumlar ve bu suçtaki etkin pişmanlık kurumu doktrindeki görüşler ve Yargıtay kararları çerçevesinde etraflıca incelenmeye çalışılmıştır. Ancak TCK m. 292 ve 293'e göre failin cezalandırılmasını öngören Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun (CGTİHK) m. 97, 105/A-8, 58/3'deki suçlar kapsamı genişletmemek için incelenmeyecektir.

I. HÜKÜMLÜ VEYA TUTUKLUNUN KAÇMASININ CEZALANDIRILMA(MA)SI HAKKINDAKİ GÖRÜŞLER

TCK'da hükümlü veya tutuklunun kaçmasının suç olarak kabul edildiği, bazı ülkelerin ceza kanunların da ise suç olarak düzenlenmediği görülmektedir. Bu nedenle kaçmanın cezalandırılması gerekip gerekmediğinin incelenmesinde fayda bulunmaktadır. Doktrindeki bir görüşe göre hükümlü veya tutuklunun cebir veya tehdit uygulamaksızın, mala zarar vermeksizin soyut kaçması cezalandırılmamalıdır. Bu görüşteki yazarlara göre "Herkesin içinde bir özgürlük ateşi yanar, herkes kaçmak ister; gözaltındayken kaçmak ister, tutukevindeyken kaçmak ister, cezaevinden kaçmak ister"⁴. Dolayısıyla insanın doğası gereği özgürlüğe kavuşmak gibi içgüdüsel

¹ Günther, Klaus: "Ceza İnfaz Hukukunun İnsan İmgesi", *İnfaz Hukukunun Sorunları, (Sempozyum 24/25.11.2000)*, Ankara 2001, s. 57; Karakaş Doğan, Fatma: *Cezanın Amacı ve Hapis Cezası*, İstanbul 2010, s. 153; Karakehya, Hakan/Özger, Hande: "Örgütlü Hapishane Sistemine Geçiş Sürecine İlişkin Tespitler", *Dokuz Eylül Üniversitesi HFD*, C. 23, S. 1, 2021, s. 97.

² Karakehya/Özger, s. 97.

³ Bkz. Gökçen, Ahmet/İçer, Zafer: "Hükümlü Veya Tutuklunun Kaçması, Öngörülen Sürede İlgili Mercilere Teslim Olmaması Suçları (TCK m. 292, 293; CGTİK m. 97/1, 105/A-8, 58/3)", *Antalya Bilim Üniversitesi HFD*, C. 8, S. 16, Aralık 2020, s. 722.

⁴ Artuk, Mehmet Emin: "Adalet Hizmetlerinin Yürütülmesine Karşı Suçlar" *Üçüncü Podyum Tartışması, Toplum Değişim Sürecinde Türk Ceza Kanunu Reformu (Panel 21-22 Mayıs 2004 Ankara), Birinci Kitap*, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara 2004, s. 231-232.

bir fiili cezalandırmak doğru değildir⁵. Meşru savunma kapsamındaki haksız saldırıya karşı gösterilen tepkinin doğal ve içgüdüsel bir davranış olarak kabul edilip hukuka uygun sayılması da böyledir⁶. Ayrıca kaçmanın cezalandırılması sadece suç politikasına ilişkin bir tercih değildir⁷. Anayasa m. 38'deki kimsenin kendisi veya yakınları aleyhine delil vermeye, beyanda bulunmaya zorlanamayacağı ilkesinin (genelde nemo tenatur ilkesinin, özeldde susma hakkının) mantığına aykırıdır. Nasıl şüpheli veya sanığın kendisine isnat edilen suçla ilgili olarak yalan söylemesi cezalandırılmıyorsa, hükümlü veya tutuklunun sırf kaçması da cezalandırılmamalıdır⁸. Diğer taraftan hakkındaki mahkumiyet hükmü kesinleşmesine ve bundan haberdar olmasına rağmen infazına başlanmadan kaçan hükümlü cezalandırılmazken, infazına başladıktan sonraki kaçmanın cezalandırılması da anlaşılabilir gelmemektedir⁹. Bu nedenlerle kaçma fiili disiplin yaptırımı veya başka bir hukuki sonuçla karşılanan bir fiil olarak düzenlenebilirse de¹⁰ suç olmaktan çıkarılmalıdır¹¹. Hatta bazı yazarlar suçlunun kaçmasını bir hak olarak kabul etmektedirler¹². Suçlunun tutukevinden kaçması halinde kaçma hakkını kullandığı ve kusurun suçluda olmadığı, suçlunun kaçmasına olanak veren görevlilerde olduğu belirtilmektedir. Cebir veya tehdit kullanılarak kaçılması halinde de cezalandırılan fiil, kaçma değil, cebir veya tehdit kullanılmış olmasıdır denilmektedir¹³.

Aksi yöndeki görüşe göre ise hükümlü veya tutuklunun soyut kaçması cezalandırılmalıdır. Bu görüşteki yazarlara göre de “Hürriyete kavuşmak arzusu beşerî tabiatın en kuvvetli cephesidir. Meşru bir şekilde tahdit edilmiş olsa dahi tabiat insanı gaip ettiği hürriyeti tekrar istihsale icbar

⁵ Bkz. **Aktaş**, Duygu Şimşek: “Özgürlük İçgüdüsünün Cezalandırılması – “Basit Firar” Suçu Üzerine Bir Değerlendirme”, *Güncel Hukuk*, Mart 2015/3-135, s. 10-11; **Ünver**, Yener: *TCK'da Düzenlenen Adliye Karşı Suçlar, İftira, Suç Uydurma, Suç Üstlenme, Yalan Tanıklık ve Bilirkişilik, İnfaz Kurumlarından Kaçma*, 6. Baskı, Ankara 2021, s. 608; **Uğraş**, Ahmet Mesut: *Hükümlü Veya Tutuklunun Kaçması Suçu*, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2021, s. 82; **Yıldız**, Ali Kemal: *Hükümlü Veya Tutuklunun Kaçması, Özel Ceza Hukuku, C. X, Adliye Karşı Suçlar*, (TCK m. 267-298), İstanbul 2021, s. 507; **Yıldız**, Ali Kemal: “Entweichung eines Strafgefangenen oder Untersuchungshäftlings im türkischen Strafrecht”, *CHKD*, C. 4, S. 2, 2016, s. 173-174; **Maurach**, Reinhart/**Schroeder**, Friedrich Cristian/**Maiwald**, Manfred: *Strafrecht Besonderer Teil, Teilband 2, Straftaten gegen Gemeinschaftswerte*, 10. Auflage, Heidelberg, München, Landsberg, Frechen, Hamburg 2012, s. 277; **Ostendorf**, Heribert, Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, *Strafgesetzbuch, (Nomos Kommentar)*, 5. Auflage, 2017, § 120, kn. 1.

⁶ **Yıldız**, Özel Ceza Hukuku, s. 507; **Yıldız**, s. 174.

⁷ Suç politikasından kaynakladığı görüşü için bkz. **Kühl**, Kristian/**Heger**, Martin: (Lackner/Kühl) *Strafgesetzbuch*, 29. neu bearbeitete Auflage, München 2018, § 120, kn. 2.

⁸ Bkz. **Ostendorf**, Heribert: “Das Verbot einer strafrechtlichen und disziplinarrechtlichen Ahndung der Gefangenen selbstbefreiung”, *NStZ*, S. 313, 2007, s. 314; **Ünver**, s. 609; **Uğraş**, s. 82; **Yıldız**, Özel Ceza Hukuku, s. 506-507; **Yıldız**, s. 174.

⁹ **Ünver**, s. 609-610; **Yıldız**, Özel Ceza Hukuku, s. 507; **Yıldız**, s. 174.

¹⁰ **Ünver**, s. 609-610. Cebir veya tehdit uygulamaksızın sadece kaçan kişi hakkında disiplin yaptırımı uygulanıp uygulanmayacağı konusundaki yoğun tartışmalar için bkz. **Ostendorf**, s. 314 vd.

¹¹ **Ünver**, s. 608; **Uğraş**, s. 82; **Yıldız**, Özel Ceza Hukuku, s. 507; **Yıldız**, s. 174, 175; **Çolak**, Haluk: “Hükümlü Veya Tutuklunun Kaçması (Firar) Suçu”, *Terazi Hukuk Dergisi*, C. 16, S. 182, Ekim 2021, s. 1921.

¹² **Özek**, Çetin: “Türk Ceza Kanununun 50 Yılında Devlete Karşı Suçlar”, Tartışmalar Kısmı, in: *Değişen Toplum ve Ceza Hukuku Karşısında TCK'nın 50 Yılı ve Geleceği İstanbul 1977*, s. 583. “Susma hakkı temel sanık haklarından olduğu gibi, suç işleyen bir kimsenin kaçması veya suçunu gizlemeye çalışması da temel bir sanık hakkıdır.”, **Ünver**, Yener/**Hakeri**, Hakan: *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 18. Baskı, Ankara 2021, s. 669. Ali Rıza Çınar da madde üzerinde mecliste yapılan görüşmelerde bu suçun karşılaştırmalı hukukta tartışmalı bir suç olduğunu ve tutuklanan veya gözaltına alınan kimsenin, başkalarına veya mala zarar vermeden kaçma hakkının bulunduğunu, bu nedenle suç olarak düzenlenmemesi gerektiği görüşünü ifade etmiştir. Bu görüş için bkz. **Güney**, Niyazi/**Özdemir**, Kenan/**Balo**, Yusuf, S.: *Yeni Türk Ceza Kanunu*, Ankara 2004, s. 829. Aksi görüş için bkz. **Özgenç**, İzzet: *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 17. Baskı, Ankara 2021, s. 344, dnp. 463.

¹³ **Özek**, Tartışmalar, s. 583.

eder.” Ancak yine de kaçmak suç sayılmalıdır. Çünkü kaçma olayı sadece ceza infaz kurumu veya tutukevinin düzenini değil, daha fazla infaz işlemini, yani karar ve tedbirleri ihlal eder¹⁴. Hükümlü veya tutuklunun kaçması kendini koruma içgüdüsünün neticesi olarak kabul edilmesi mahkuma ya da tutukluya bir nevi kaçma hakkı tanımak anlamına gelir. Fakat bu düşüncelerde isabet yoktur¹⁵. Bu kabul ise herkesin adaletin yerine getirilmesine engel olmama ödevine aykırıdır¹⁶.

Kanaatimizce de hükümlü veya tutuklunun kaçması bir hak olarak kabul edilmemelidir. Hükümlünün kaçması bir hak olarak kabul edilirse, devletin hükümlünün kaçmasını engellemeye yönelik aldığı tedbirlerle aslında hükümlüye hak olarak tanınan kaçma hakkı kullanımının devlet tarafından engellenmesi gibi bir durum sözkonusu olur. Hak olarak kabul edildiği takdirde cebir veya tehdit uygulayarak veya mala zarar vererek kaçmanın da suç olarak kabul edilmemesi gerekir. Çünkü kaçma bir hak ise hangi şekilde olursa olsun cezalandırılmamalıdır. Kaçma sırasında kullanılan cebir veya tehdit, mala zarar verme bağımsız suç olarak düzenlendiği için bu suçlardan zaten ceza verilebilmektedir¹⁷.

Ayrıca AİHS m. 2 ve Anayasa m. 17’de yaşama hakkı güvenceye alınmış olmakla birlikte, meşru müdafaa hali, bir ayaklanma veya isyanın bastırılmasında olduğu gibi bir tutuklu veya hükümlünün kaçmasının önlenmesi sırasında güç veya silah kullanılması neticesinde meydana gelen ölümler de hukuka uygun kabul edilmektedir!¹⁸. Dolayısıyla Sözleşme ve Anayasanın ilgili düzenlemeleriyle kaçmayı bir hak olarak görmedikleri söylenebilecektir.

Hükümlünün kaçmasının hak olmasından öte hükümlünün cezanın infazına katlanma yükümlülüğü vardır¹⁹. Çünkü “Yargı, hükümlü için bir emirdir ve yargıya uygun davranmakla yükümlüdür. Bu emirin yerine getirilmesi de, devlet’in görevidir. Yargı kararının verilmesi, kendiliğinden, yargının yerine getirilme “yükümlülük” ve “görevini” yaratır.”²⁰. Nitekim CGTİHK m. 26’da açıkça hükümlünün hapis cezasının yerine getirilmesine katlanma ve bu amaçla düzenlenen infaz rejimine uygun tutum ve davranışlar içinde bulunmakla yükümlü olduğu hüküm altına alınmıştır²¹. Keza şüpheli veya sanıkların koruma tedbirlerine katlanma yükümlülüğü

¹⁴ **Öner**, Hamdi: “Mevkuf ve Mahkumların Firar Suçları Hakkında Bir Tetkik”, *Adliye Dergisi*, S. 4, Y. 35, 1944, s. 828.

¹⁵ **Gözübüyük**, Abdullah Pulat: *Alman, Fransız, İsviçre ve İtalyan Ceza Kanunlarıyla Mukayeseli Türk Ceza Kanunu Şerhi, C. 3, (Hususi Kısım-Cürümler), (Madde 282-447)*, 5. Bası, (Baskı tarihi yok), s. 106; **Erem**, Faruk: *Türk Ceza Kanunu Şerhi, Özel Hükümler, C. 2*, Ankara 1993, s. 1576.

¹⁶ **Gözübüyük**, C. 3, s. 106.

¹⁷ Aynı yönde bkz. **Uğraş**, s. 82.

¹⁸ Bu hükümlerin eleştirisi için bkz. **Özgenç**, Genel Hükümler, s. 329.

¹⁹ **Artuk**, M. Emin/**Gökçen**, Ahmet/**Alşahin**, M. Emin/**Çakır**, Kerim: *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 19. Baskı, Ankara 2021, s. 1248. Madde üzerinde mecliste yapılan görüşmelerde Keskin Kaylan kişilerin kaçma özgürlüğü değil, hakim ve savcının verdiği kararın infazına uyma yükümlülüğü bulunduğunu savunmuştur. Bu görüş için bkz. **Güney/Özdemir/Balo**, s. 829. Ancak cezalandırmanın Devlet bakımından hak mıdır, yetki midir tartışması kapsamında cezalandırmanın yetki olduğu görüşüne göre suçlunun cezaya katlanma yükümlülüğü yoktur, hükümlünün cezaya boyun eğdirilmesi sözkonusudur. Hak olsaydı cezaya katlanma yükümlülüğü olurdu denilmektedir. Bkz. **Külçür**, Erdem İzzet: *Ceza Hukukunda Yer Bakımından Uygulama*, İstanbul 2017, s. 42.

²⁰ **Özek**, Çetin: “Adliyeye Karşı Suçların Hukuksal Konusu”, *İHFM*, C. 55, S. 3, 1997, s. 48. Ayrıca bkz. **Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır**, *Özel Hükümler*, s. 1249.

²¹ “...5275 sayılı Kanunun (m. 6/1-g; m. 22 ve m. 26)... Hükümlerine yer verilmek suretiyle hürriyeti bağlayıcı cezaların infazı sırasında hükümlülerin kanun, tüzük ve yönetmelikte belirtilen hükümlere uymak, infaz rejimine uygun tutum ve davranışlarda bulunmak zorunda olduğu, hak ve sorumlulukları ile infaz kurumundaki yaşam biçimine uyum sağlaması için gerekli bilgilerin idareciler tarafından kendilerine tebliğ edileceği öngörülmüştür.” YCGK, 14.10.1014, 203-420, www.legalbank.com.tr

çerçevesinde tutuklunun da bir koruma tedbiri olan tutuklama kararının infazına katlanma yükümlülüğü bulunmaktadır²².

Fırarın cezalandırılmaması düşüncesi her ne kadar insanın özgürlüğe kavuşma içgüdüğü olarak görülse de suç işlemiş olan kişinin cezasını çekmesi, esasında kusurundan ibra olma ve topluma sağlıklı bir şekilde dönüşünün sağlanması bakımından hükümlünün lehinedir²³. Kaçma hakkı olduğunu düşünen hükümlüde cezanın amaçlarının gerçekleşmesi zorlaşacaktır. Ayrıca cezanın çekilmesi toplumun adalet duygusunun temini bakımından da gerekli olduğu için kaçma yasaklanmalıdır. Keza kaçmanın yasaklanması, diğer hükümlüler hakkında cezanın özel önleme amacının gerçekleşmesi, ceza infaz kurumunun düzeninin sağlanması açısından²⁴ önemli olduğu gibi cezaların infazı meselesi kamu düzenine de ilişkin bir meseledir²⁵.

Diğer taraftan bütün kaçma vakalarında özgürlüğe kavuşma içgüdüğüyle hareket edilmemiş olabilir. Çünkü kişinin özgürlüğü isteme güdüsünden başka içerideki tehditlerden kaçma, hapse girmesine neden olan kişiden intikam alma, hırsızlık yapma²⁶ gibi birçok nedenden kaynaklanabilir²⁷. Dolayısıyla kaçmanın sadece özgürlüğe kavuşma içgüdüğü ile gerçekleşmesi halinde cezalandırılmaması kabul edilirse, bu sefer kaçmanın özgürlüğe kavuşma içgüdüğüne dayanıp dayanmadığı araştırılacak böyleyse cezalandırılmayacak, örneğin başka birini öldürmek için kaçtığına cezalandırılacak mıdır bu da ispat problemini doğuracaktır.

Ayrıca insanın doğal, içgüdüsel tepkilerini dikkate alan nemo tenatur ilkesinin bu yaklaşımıyla firarın cezalandırılmaması gerektiği ileri sürülebilirse de ilkenin içeriğinin firar suçu bakımından doğrudan bir ilişkisi bulunmamaktadır.

Netice itibarıyla belirtilen nedenlerle hükümlü veya tutuklunun sırf kaçmasının cezalandırılması gerektiği kanaatindeyiz²⁸.

²² Ünver/Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 243; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, Özel Hükümler, s. 1248.

²³ Bkz. Suçluyu kayırma suçu TCK m. 283 gerekçesi.

²⁴ Bkz. Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, Özel Hükümler, s. 1245; Demirbaş, Timur: *İnfaz Hukuku*, 8. Baskı, Ankara 2021, s. 371.

²⁵ Keyman, Selahattin: *Türk Hukukunda Af, (Genel Af-Özel Af)*, Ankara 1965, s. 52; Zafer, Hamide: *Ceza Hukuku Genel Hükümler, TCK m.1-75*, 6. Bası, İstanbul 2016, s. 600; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, Özel Hükümler, s. 1245.

²⁶ “Sanığın ceza evinden kaçmasının hırsızlık için dahi olsa kasta dayanmasına ve cezaevinden kaçmasının hırsızlığın unsuru bulunmamasına göre, kaçmadan ceza tayini gerekirken, bazı mütalaalarla beraat kararı verilmesi yolsuzdur”, Y4CD, 17.5.1949, 5693/7491, Özütlük, Nejat: *Türk Ceza Kanunu Şerhi ve Tatbikatı*, C. 2, Ankara 1966, s. 131.

²⁷ Firarın nedenleri konusunda bkz. Hildebrant, Richart J. (Çev: Sait Rezaki): “Firarın Anatomisi”, AD, Y. 60, S. 11, Kasım 1969, s.717 vd.

²⁸ Nitekim Anayasa Mahkemesi de hükümlü veya tutuklunun kaçması suçunun düzenlenmesini bu suçla ulaşılmak istenen amaç ve araç arasında denge bulunduğu ve ölçülülük ilkesine uygun olduğu tespitini yapmıştır: “...İtiraz konusu kuralın öngördüğü ceza yaptırımının, devletin adli yargı fonksiyonlarını cezaların infazı ile ulaşılmak istenen amaçlar çerçevesinde yerine getirebilmesini, ceza infaz sisteminin etkin bir biçimde işlemesini, suçların ve suçluların takibinin temin edilmesini sağlamayı amaçladığı anlaşılmaktadır. Kanun koyucunun anılan amaçlara ulaşmak için hükümlünün kaçma fiiline hapis cezası öngörmesinin elverişsiz ve gereksiz olduğu söylenemez. Ayrıca kaçma fiilinin cebir ve tehditle ya da silahla gerçekleştirilmesi cezanın artırılmasına neden olan nitelikli haller olarak düzenlenmiştir. Yine bu suç için hükümlünün ceza infaz kurumundan kaçtıktan sonra belirli bir süre içerisinde kendiliğinden teslim olması hâlinde cezanın indirilmesine imkân sağlayan etkin pişmanlık hükümlerine de yer verilmiştir. Bu bağlamda fiilin işleniş biçimine göre cezaların belirlendiği ve etkin pişmanlık hükümlerine de yer verildiği görülmektedir. Dolayısıyla kurala konu suç yönünden Kanunda bir bütün olarak ulaşılmak istenen amaç ve araç arasında makul bir denge gözetildiği anlaşılmaktadır. Bu nedenlerle kanun koyucunun takdir yetkisi

II. MUKAYESELİ HUKUKTAKİ DÜZENLENİŞİ

Devletin adli fonksiyonlarının gerçekleştirilmesini engelleyen veya saptıran eylemler içerisinde cezaevinden kaçmak eyleminin de Roma hukukunda suç kabul edildiği ve ayrıntılı düzenlenmiş suçlardan olduğu ifade edilmektedir²⁹. Ancak yukarıdaki açıklanan görüşlerde de görüldüğü üzere hükümlü veya tutuklunun kaçması suçu, günümüzde kesin cezalandırılması gereken bir davranış olarak görülmemektedir. Soyut kaçmayı cezalandırmayan, ancak cebir veya tehdit gibi diğer bazı davranışlarla birlikte işlenmesini cezalandıran ülkeler olduğu gibi soyut kaçmayı suç kabul eden ve cebir tehditle işlenmesini nitelikli hal olarak kabul eden ülkeler de bulunmaktadır.

İsviçre, Avusturya, Belçika, Hollanda, Arjantin, Brezilya ve Norveç'te cebir, tehdit uygulamaksızın veya mala zarar vermeksizin sadece kaçma fiili cezalandırılmamaktadır³⁰. Kaçmaya imkan sağlama fiilinin cezalandırıldığı durumlarda ise kaçan hükümlü veya tutuklunun bu suça iştirak etmiş olmasına rağmen cezalandırılmaması doktrinde bir şahsi cezasızlık sebebi olarak belirtildiği gibi³¹ maddi nitelikli bir mazeret olarak da ifade edilmektedir³².

Fransa Ceza Kanununda (m. 434-27) hürriyeti kısıtlanmış bir kimsenin şiddet uygulayarak veya mala zarar vererek ya da görevlilere rüşvet vererek kaçması cezalandırılmaktadır³³.

Polonya Ceza Kanununda (m. 242) ise bir mahkeme hükmü veya yetkili bir merciin verdiği kararlar hürriyeti kısıtlanan kişinin sırf kaçması cezalandırılmıştır. Cebir veya tehditle ya da mala zarar verilerek işlenmesi ise daha fazla cezayı gerektiren nitelikli hal olarak öngörülmüştür.

İspanya Ceza Kanununda (m. 469) hükümlü veya tutuklunun cebir veya tehdit uygulayarak ya da mala zarar vererek veyahut da diğer kişilerle birlikte ayaklanarak kaçması cezalandırılmıştır.

Alman Ceza Kanununda hükümlü veya tutuklunun sadece kaçması suç olarak kabul edilmemiştir. Ancak hükümlü veya tutukluların³⁴ ayaklanması sırasında cebir kullanarak kaçması suç olarak düzenlenmiştir (m. 121).

kapsamında düzenlediği itiraz konusu kural ölçülülük ilkesine aykırı değildir.”, Anayasa Mahkemesi 27/12/2018 T., 2018/153 E. ve 2018/119 K. sayılı kararı, <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/2018/119?EsasNo=2018%2F153>; aynı amacın tekrarlandığı bir diğer karar için bkz. Anayasa Mahkemesi kararı da 31/05/2017 T., 2017/28 E. ve 2017/107 K. sayılı karar, <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/2017/107?EsasNo=2017%2F28>

²⁹ **Özek**, Adliye Karşı Suçların Hukuksal Konusu, s. 17.

³⁰ **Artuk**, Panel, s. 232.

³¹ **Özgenç**, İzzet: *Ceza Hukuku Genel ve Özel Hükümler Sınav Soru ve Cevapları*, Ankara 2021, s. 26-27, 57; **Özgenç**, İzzet: ““İzinli” Olarak İnfaz Kurumu Dışına Çıkarılan Hükümlünün Süresinde İzinden Dönmemesi Halinde Ceza Hukuku Sorumluluğuna İlişkin Yargıtay 16. Ceza Dairesi Kararının Değerlendirilmesi”, <https://izzetozgenc.com/makale/%E2%80%9Cizinli%E2%80%9D-olarak-infaz-kurumu-disina-cikarilan-hukumlunun-suresinde-izinden-donmemesi-halinde-ceza-hukuku-sorumluluguna-iliskin-yargitay-16-ceza-dairesi-kararinin-degerlendirilmesi>, s. 1.

³² **Maurach/Schroeder/Maiwald**, BT 2, s. 277.

³³ **Ünver**, s. 611.

³⁴ Alman Ceza Kanunu m. 120 ve 121 kullanılan “Gefangene” kavramı, gözaltına alınan, tutuklanan, kesin hükümlü mahkum olan hükümlü ve geri verme amacıyla tutuklanan kişileri de kapsamaktadır. Bkz. **Yenisey**, Feridun/**Plagemann**, Gottfried: *Alman Ceza Kanunu, Strafgesetzbuch (StGB)*, 2. Baskı, İstanbul 2015, s. 209, dpn. 74. Ayrıca bkz. **Maurach/Schroeder/Maiwald**, BT 2, s. 275 vd.; **Ostendorf**, s. 313; Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/**Ostendorf**, § 120, kn. 6-8; Lackner/Kühl/**Heger**, § 120, kn. 3-6; BeckOK StGB/**Dallmeyer** StGB, Bernd von Heintschel-Heinegg, 52. Edition, München 2022, § 120, kn. 3-6.

Rus Ceza Kanununda (m. 313) hükümlü veya tutuklunun sırf kaçması cezalandırılmıştır. Birden fazla kişiyle kaçması ve cebir veya tehdit kullanarak kaçması ise daha fazla cezayı gerektiren nitelikli hal olarak öngörülmüştür³⁵.

Güney Kore Ceza Kanununda hükümlü veya tutuklunun soyut kaçması suç olarak düzenlenmiştir (m. 145). Cebir veya tehdit kullanılarak, mala zarar verilerek işlenmesi veya birden fazla kişiyle birlikte gerçekleştirilmesi nitelikli hal olarak öngörülmüştür (m. 146)³⁶.

III. SUÇ HAKKINDA GENEL BİLGİLER

Hükümlü veya tutuklunun kaçması suçu 765 sayılı TCK'da Cürümler başlıklı 2. Kitabın, Adliye aleyhinde cürümler başlıklı 4. Babının, Tevkifhane ve hapisshaneden firar ve firara vesatet başlıklı 7. Faslında 298-300. maddeleri arasında düzenlenmiştir. 298. maddede tutukluların kaçması, 299. maddede hükümlülerin kaçması olarak ayrı ayrı öngörülmüş, gözaltına alınan kaçması ise cezalandırılmamıştır. 300. maddede etkin pişmanlık hükmüne yer verilmiştir. 765 sayılı TCK m. 298'in 11.06.1936 tarihli 3038 sayılı değişiklikten önceki halinde mehz kanundaki³⁷ gibi sırf kaçmak suç değildi. Cebir, tehdit kullanarak veya mala zarar vererek kaçmak suç sayılıyordu. Değişikle birlikte sırf kaçma hareketi suç olarak kabul edilmiş³⁸, cebir, tehdit kullanarak veya mala zarar vererek kaçma ise nitelikli hal olarak düzenlenmiştir. Ayrıca kaçmanın silahla veya birden fazla kimse ile beraber gerçekleştirilmesi de nitelikli hal olarak öngörülmüştür.

5237 sayılı TCK yürürlüğe girmesinden önce yapılan ceza kanunu öntasarı ve tasarılarında da hükümlü veya tutuklunun kaçması suç olarak düzenlenmiştir.

1940 Tarihli Türk Ceza Kanunu Tasarısı'nda Adliye aleyhinde işlenen cürümler başlıklı üçüncü babın, "Adli kararlar aleyhine işlenen cürümler"i içeren ikinci faslında 324. maddede düzenlenmiştir³⁹. Bu düzenlemede hükümlü veya tutuklunun sırf kaçması suç olarak kabul edilmiş, şahıslara karşı cebir, tehdit kullanarak veya kaçmaya engel olan mala zarar vererek kaçma ile tehdit veya şiddetin silâhla veya birden fazla kimseler tarafından bir arada yapılması daha fazla cezayı gerektiren nitelikli hal olarak öngörülmüştür. 5237 sayılı TCK'da olduğu gibi gözaltına alınanın kaçması suç olarak kabul edilmemiş ve tutuklu veya hükümlünün kaçması bir madde içerisinde hüküm altına alınmıştır. Ceza infaz kurumu dışında çalışan mahkûmlar hakkında da firar hükümlerinin uygulanacağı öngörülmüştür. Aynı maddenin son fıkrasında da etkin pişmanlık düzenlenmiştir. Bu fıkra, diğer tasarı ve 5237 sayılı TCK'dan da farklı olarak, kendiliğinden teslim olma zamanı onbeş günlük veya altı aylık bir süre şeklinde değil, hükmün kesinleşmesi anı olarak belirlenmiştir.

1958 Tarihli Türk Ceza Kanunu Layihası'nda Adliye aleyhinde cürümler başlıklı dördüncü babın, "Ceza ve Tevkifevinden Kaçmak, Kaçırmağa Sebebiyet Vermek, Cezaya Veya Emniyet Tedbirlerine Riayet Etmemek Cürümleri" içeren yedinci faslında tutuklunun kaçması 293. maddede, hükümlünün kaçması 294. maddede, etkin pişmanlık ise 295. maddede

³⁵ Mukayeseli hukuktaki düzenlemelerle ilgili yapılan açıklamalar için bkz. Ünver, s. 610 vd.; Gökçen/İçer, s. 728 vd.; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, Özel Hükümler, s. 1247 vd.

³⁶ Bkz. Kim, Jong-Hwan: "Entweichung von Gefangenen und persönliche Begünstigung im koreanischen Strafrecht", *CHKD*, C. 4, S. 2, 2016, s. 136 vd.

³⁷ Bkz. Majno, *Ceza Kanunu Şerhi Türk ve İtalyan Ceza Kanunları*, C. 2, Ankara 1978, s. 286.

³⁸ Bkz. Erem, C. 2, s. 1576; Özüttürk, s. 128; Öner, s. 828; Uğraş, s. 2.

³⁹ Bkz. 1940 Tarihli Türk Ceza Kanunu Tasarısı: *Adliye Ceridesi*, S. 6, Sene 33, 1942, s. 712-713.

düzenlenmiştir. Bu layihada da gözaltına alınan kişinin kaçması cezalandırılmamış, tutuklu ve hükümlünün sırf kaçması suç olarak düzenlenmiş, şahıslara karşı şiddet veya tehdit kullanılarak, kapı veya pencere kırarak veya duvar delerek veya kaçmaya mani olan eşyaya zarar verilerek işlenmesi ile tehdit veya şiddetin silahla yapılması veya birden fazla kimse tarafından birlikte yapılması daha fazla cezayı gerektiren nitelikli hal olarak öngörülmüştür. Cezaevi dışında çalıştırılan mahkumlar hakkında da firar hükümlerinin tatbik olunacağı belirtilmiştir. Etkin pişmanlık kurumunun uygulanabilmesi için onbeş gün içinde kendiliğinden gelip teslim olması aranmıştır.

1987 Tarihli Türk Ceza Kanunu Öntasarısı'nda "Devlete Karşı Suçlar" başlıklı üçüncü kısmın "Adliyeye Karşı Suçlar"ı içeren yedinci bölümünün 406. maddesinde tutuklunun veya gözaltına alınan kaçması⁴⁰ ile 407. maddesinde hükümlünün kaçması⁴¹ şeklinde iki ayrı maddede düzenlenmiştir. Kendiliğinden teslim olma başlıklı 408. maddesinde⁴² ise, etkin pişmanlık kurumuna yer verilmiştir. Bu öntasarıda tutuklu veya hükümlünün yanında gözaltındaki kişinin de sırf kaçması cezalandırılmıştır. Şahıslara karşı cebir ve şiddet veya tehdit kullanarak veya kaçmayı engelleyecek vasıta veya tesisleri bozarak veya tahrip ederek işlenmesi ve bu şekildeki (ikinci fıkradaki) kaçma fiilinin birden fazla kimseler tarafından birarada gerçekleştirilmesi veya cebir, şiddet veya tehdidin bir kişi tarafından bile olsa silahlı işlenmesi daha fazla cezayı gerektiren nitelikli hal olarak düzenlenmiştir. Öntasarıda da ceza infaz kurumu dışında çalıştırılan hükümlülerin kaçması cezalandırılırken, ayrıca hapis cezaları para cezasından çevrilmiş olanların kaçmasının da cezalandırılacağı tereddütleri gidermek adına açıkça hükme bağlanmıştır. Kaçan tutuklu veya hükümlünün on beş gün içinde kendiliğinden gelip teslim olması hali etkin pişmanlık hali olarak öngörülmüştür.

1997 Tarihli Türk Ceza Kanunu Tasarısı'nda "Millete, Devlete ve Kamusal Barışa Karşı Suçlar" başlıklı üçüncü kısmın "Adliyeye Karşı Suçlar"ı içeren yedinci bölümünde 459. maddede tutuklunun veya gözaltına alınan kaçması⁴³ ile 460. maddede hükümlünün kaçması⁴⁴ şeklinde iki ayrı maddede düzenlenmiştir. Etkin pişmanlık kurumuna ise kendiliğinden teslim olma başlıklı 461. maddede yer verilmiştir⁴⁵. 1987 tarihli öntasarıda olduğu gibi bu tasarıda da tutuklu veya hükümlünün yanında gözaltındaki kişinin de sırf kaçması cezalandırılmıştır. Şahıslara karşı cebir ve şiddet veya tehdit kullanarak veya kaçmayı engelleyecek vasıta veya tesisleri bozarak veya tahrip ederek işlenmesi ile bu fiilin (ikinci fıkradaki) birden ziyade kimseler tarafından bir arada işlenmesi veya tehdit veya cebir ve şiddetin, bir kişi tarafından olsa bile, silahla icrası daha fazla cezayı gerektiren nitelikli hal olarak düzenlenmiştir. Ceza infaz kurumu dışında çalıştırılan hükümlüler ile hapis cezaları para cezasından çevrilmiş olanların kaçması da suç olarak açıkça belirtilmiştir. Hapis cezasının özel infaz şekillerine hükümlü tarafından uyulmaması da

⁴⁰ Bkz. Türk Ceza Kanunu Öntasarısı Komisyonca Hazırlanan Metin, Ankara 1987, s. 179. Madde gerekçesi için bkz. Türk Ceza Kanunu Öntasarısının Gerekçesi, Ankara 1987, s. 249-250.

⁴¹ Bkz. Türk Ceza Kanunu Öntasarısı Komisyonca Hazırlanan Metin, Ankara 1987, s. 179-180. Madde gerekçesi için bkz. Türk Ceza Kanunu Öntasarısının Gerekçesi, Ankara 1987, s. 250.

⁴² Bkz. Türk Ceza Kanunu Öntasarısının Gerekçesi, Ankara 1987, s. 250.

⁴³ Bkz. **Dönmezer, Sulhi/Yenisey**, Feridun: *Karşılaştırmalı Türk Ceza Kanunu ve 1997 Tasarısı, Gerekçeler*, İstanbul 1998, s. 234-235, 872-873.

⁴⁴ Bkz. **Dönmezer/Yenisey**, s. 235-236, 873.

⁴⁵ Bkz. **Dönmezer/Yenisey**, s. 236-237, 873.

yaptırım altına alınmıştır. Etkin pişmanlık kurumunun uygulanabilmesi yine on beş içinde kendiliğinden gelip teslim olması şartına bağlanmıştır.

2003 Tarihli Türk Ceza Kanunu Tasarısı'nda Millete, Devlete ve Kamusal Barışa Karşı Suçlar ve Son Hükümler" başlıklı üçüncü kısmın "Adliyeye Karşı Suçlar"ı içeren yedinci bölümünde 461-463. maddeleri arasında düzenlenmiştir. 461. maddesinde gözaltına alınan veya tutuklunun kaçması, 462. maddede hükümlünün kaçması, 463. maddede ise kendiliğinden teslim olma başlıklı etkin pişmanlık kurumuna yer verilmiştir. Bu tasarıda da tutuklu ve hükümlü ile birlikte gözaltındaki kişinin de sırf kaçması cezalandırılmıştır. Kişilere karşı cebir ve şiddet veya tehdit kullanarak veya kaçmayı engelleyecek vasıta veya tesisleri bozarak veya tahrip ederek işlenmesi ve bu fiilin (ikinci fıkradaki), birden çok kimseler tarafından işlenmesi veya tehdit veya cebir ve şiddetin, bir kişi tarafından olsa bile, silahla icrası daha fazla cezayı gerektiren nitelikli hal olarak düzenlenmiştir. Ceza infaz kurumu dışında çalıştırılan hükümlüler ile hapis cezaları para cezasından çevrilmiş olanların da cezalandırılacağı öngörülmüştür. Hapis cezasının özel infaz şekillerine hükümlü tarafından uyulmaması da yaptırım altına alınmıştır. Kaçan kişinin onbeş içinde kendiliğinden gelip teslim olması cezayı azaltan etkin pişmanlık olarak kabul edilmiştir.

5237 sayılı TCK'nın Adalet Alt Komisyonunda kabul edilen metinde yine iki madde halinde düzenlenmiş ve gözaltında bulunan kişilerin sırf kaçması da madde kapsamında suç olarak kabul edilmişti. Alt komisyon metninin 294. maddesinde "Gözaltına alınan veya tutuklunun kaçması" suçuna yer verilmiştir. Hükümlünün kaçması 295. maddede düzenlenmiştir. Etkin pişmanlık hükmü 296. maddede iki maddeyi kapsar şekilde düzenlenmiştir. Suçun, cebir veya tehdit kullanılarak işlenmesi, silahlı olarak ya da göz altına alınan, tutuklu veya hükümlünün birden çok kimse tarafından birlikte işlenmesi daha fazla cezayı gerektiren nitelikli hal olarak öngörülmüştür. Bu suçun işlenmesi sırasında kasten yaralama suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hallerinin veya kasten öldürme suçunun gerçekleşmesi ya da eşyaya zarar verilmesi durumunda, ayrıca bu suçlara ilişkin hükümlere göre cezaya hükmolunacağı belirtilmiştir. Ceza infaz kurumunda çalıştırılanlarla ile hapis cezası adli para cezasından çevrilmiş olanların kaçması da firar kapsamında değerlendirilmiştir. Yine özel infaz şekillerinin şartlarına uyulmaması da firar kapsamında cezalandırılmıştır.

5237 sayılı TCK'da ise hükümlü veya tutuklunun kaçması suçu TCK'nın "Millete ve Devlete Karşı Suçlar ve Son Hükümler" başlıklı dördüncü kısmının "Adliyeye Karşı Suçlar"ı

içeren ikinci bölümünün 292. maddesinde düzenlenmiştir⁴⁶. 293. maddede ise bu suça ilişkin etkin pişmanlık kurumu öngörülmüştür⁴⁷.

Hükümlü veya tutuklunun kaçması suçunun düzenlenmesine göre 1. fıkrasında suçun temel hali, 2. ve 3. fıkrasında nitelikli hali, 4. fıkrasında içtimaya ilişkin özel hüküm, 5. fıkrasında ise ortaya çıkacak tartışmaları engellemek için suç kapsamına dahil husus gösterilmiştir.

IV. KORUNAN HUKUKİ DEĞER

Hükümlü veya tutuklunun kaçmasının suç olarak düzenlenmesiyle korunmak istenen hukuki değer konusunda doktrinde farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bir görüşe göre korunmak istenen hukuki değer adliyenin suç ve suçların takibine ilişkin saygınlığıdır⁴⁸. Diğer bir görüşe göre ise devlet otoritesinin korunmasıdır⁴⁹. Benzer bir görüşe göre de genel olarak devlet otoritesinin özel olarak ise adliyenin korunmasıdır⁵⁰. Hükümlü veya tutuklunun kaçması suçunun kişi üzerindeki devletin gözetim yetkisini korumaya hizmet ettiği de belirtilmiştir⁵¹. Ayrıca hükümlü veya tutuklu kişinin kaçmasının önlenmesi ve dolayısıyla adil yargılanma hakkı ile yargılama ve infazla ilgili adli fonksiyona ilişkin çıkarların korunmak istendiği de ifade edilmiştir⁵². Keza korunan hukuki değerın cezaların infazı ile ulaşılmak istenen amaçlar çerçevesinde Devletin adli yargı fonksiyonlarının yerine getirilebilmesinin sağlanması ve böylece ceza infaz sisteminin etkin bir şekilde işleyişinin, suçların ve faillerinin takibinin yapılabilmesi ve özellikle de adliyenin korunması olarak belirtilmiştir⁵³. Yine tutuklama kararı veya hapis cezasının

⁴⁶ “(1) Tutukevinden, ceza infaz kurumundan veya gözetimi altında bulunduğu görevlilerin elinden kaçan tutuklu veya hükümlü hakkında altı aydan bir yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. (2) Bu suçun, cebir veya tehdit kullanılarak işlenmesi halinde, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. (3) Bu suçun, silahlı olarak ya da birden çok tutuklu veya hükümlü tarafından birlikte işlenmesi halinde, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza bir katına kadar artırılır. (4) Bu suçun işlenmesi sırasında kasten yaralama suçunun neticesi sebebiyle ağırlanmış hallerinin veya kasten öldürme suçunun gerçekleşmesi ya da eşyaya zarar verilmesi durumunda, ayrıca bu suçlara ilişkin hükümlere göre ceza hükmolunur. (5) Bu maddede yazılı hükümler, ceza infaz kurumu dışında çalıştırılan hükümlüler ile hapis cezası adli para cezasından çevrilmiş olanlar hakkında da uygulanır. (6) (Mülga: 29/6/2005 – 5377/33 md.)” Mülga fıkra: “Kısa süreli hapis cezasının özel infaz şekillerinin gereklerine uymayan hükümlü hakkında bir aydan iki aya kadar hapis cezasına hükmolunur; geriye kalan ceza da ayrıca çektirilir.” Mülga gerekçesi: “13.12.2004 tarihli ve 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanununun 110 uncu maddesinin altıncı fıkrasında aynı konuda hüküm bulunması nedeniyle, Kanununun 292 nci maddesinin altıncı fıkrası, yürürlükten kaldırılmıştır”, **Yalvaç**, Gürsel: Karşılaştırmalı-Gerekçeli İçtihatlı Türk Ceza Kanunu Ankara 2008, s. 1517.

⁴⁷ “(1) (...) tutuklu veya hükümlünün, kaçtıktan sonra etkin pişmanlık göstererek kendiliğinden teslim olması halinde, kaçtığı gündən itibaren teslimin gerçekleştiği güne kadar geçen süre dikkate alınarak, verilecek cezanın altında beşinden altında birine kadar indirilir. Ancak, kaçma süresinin altı ayı geçmesi halinde cezada indirim yapılmaz.”

⁴⁸ **Meran**, Necati: *Açıklamalı-İçtihatlı Sulh Ceza Davaları*, Ankara 2007, s. 833.

⁴⁹ **Kaymaz**, Seydi/**Gökcan**, Hasan Tahsin: *Açıklamalı ve İçtihatlı Uygulamada Sulh Ceza Davaları*, Ankara 1998, s. 94. 1997 tarihli TCK m. 459 gerekçesinde “Suçun koruduğu hukuki yarar Devlet otoritesine karşı itaat ve saygı zorunluluğudur.”, **Dönmezer/Yenisey**, s. 705. aynı belirleme için bkz. 2003 Tasarısı m. 461 gerekçesi. 1987 TCK Öntasarısı m. 406 gerekçesinde ise suçun koruduğu hukuki yarar Devlet otoritesine karşı itaatsizlik olarak ifade edilmiştir. Bkz. Türk Ceza Kanunu Öntasarısının Gerekçesi, s. 249.

⁵⁰ **Arslan**, Çetin/**Azizağaoğlu**, Bahattin: *Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi*, Ankara 2004, s. 1185.

⁵¹ **Kim**, s. 136-137.

⁵² **Gökcan**, Hasan Tahsin/**Artuç**, Mustafa: *Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu Şerhi*, C. 6 (M. 255-345), Ankara 2021, s. 9436.

⁵³ **Parlar**, Ali/**Hatipoğlu**, Muzaffer: *Açıklamalı-Yeni İçtihatlarla Türk Ceza Kanunu Yorumu*, C. 4 (230-345. Maddeler), 3. Baskı, Ankara 2010, s. 4403. “...İtiraz konusu kuralın öngördüğü ceza yaptırımının, devletin adli yargı fonksiyonlarını cezaların infazı ile ulaşılmak istenen amaçlar çerçevesinde yerine getirebilmesini, ceza infaz sisteminin etkin bir biçimde işlenmesini, suçların ve suçluların takibinin temin edilmesini sağlamayı amaçladığı anlaşılmaktadır.”, Anayasa Mahkemesi 27/12/2018 T., 2018/153 E. ve 2018/119 K. sayılı kararı,

infazında toplumdaki her bireyin meşru bir menfaatinin olduğu, böylece cezanın genel ve özel önleme amaçlarına ulaşabildiği için, bir hükümlü ya da tutuklunun kaçması durumunda korunan hukuki değer, tutuklama kararının veya cezanın infazındaki herkesin haklı menfaati olduğu vurgulanmıştır⁵⁴. İnfazın etkin kılınmasının hukuka güvenin bir gereği olduğu, bu nedenle korunan hukuki değer infazın etkin kılınmasına ilişkin kamusal yarar olduğu da ifade edilmiştir⁵⁵.

Kanaatimizce bu suçla hükümlü veya tutuklunun ceza infaz kurumundan veya tutukevinden ya da görevlilerin gözetimi altındayken kaçması cezalandırıldığı, infaz işlemleri başlamadan kaçma cezalandırılmadığı için esas olarak korunmak istenen hukuki değer, başlamış olan infazın etkin ve düzgün işleyişinin sağlanması, devletin adli fonksiyonlarının normal işleyişinin korunmasıdır. Böylelikle kişilerin adli makamlara olan güveni, bu makamlardaki kamu görevlilerinin görevlerini tam yaptıklarına olan inanç ve itibarları korunmaktadır. Diğer taraftan tutuklunun kaçmasının cezalandırılmasıyla bu koruma tedbiriyle ulaşılmak istenen amaçların elde edilmesi, böylece de ceza muhakemesinin düzgün işleyişi ve adil bir yargıya varılması da sağlanmak istenmektedir. Hükümlünün kaçmasının suç olarak kabul edilmesiyle korunmak istenen hukuki değer ise cezanın infazı ile ulaşılmak istenen amaçların gerçekleştirilmesi⁵⁶ ve ceza infaz sisteminin işleyişinin korunmasıdır. Netice itibarıyla tutuklama kararının ve hükmün infazının sağlanması ile devletin adli fonksiyonların düzgün işleyişi ve adaletin gerçekleşmesi de temin edilmek istenmektedir.

V. SUÇUN UNSURLARI

A. Tipikliğin Maddi Unsurları

1. Fail

TCK'nun 292. maddesinde failin kim olduğu “kaçan **tutuklu** veya **hükümlü**” denilmek suretiyle gösterilmiştir. Buna göre bu suçun faili “tutuklu veya hükümlü” olan kişidir. Dolayısıyla bu suç *özgü bir suç*dur, herkes bu suçun faili olamaz, tutuklu veya hükümlü sıfatı taşıyan kişiler fail olabilir⁵⁷. Fakat her tutuklu veya hükümlü olan kişi de bu suçun faili olamaz; suçun faili ancak tutukevinden, ceza infaz kurumundan veya gözetimi altında bulunduğu görevlilerin elinden kaçan

<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/2018/119?EsasNo=2018%2F153>; aynı amacın vurgulandığı bir diğer karar için bkz. Anayasa Mahkemesi kararı da 31/05/2017 T., 2017/28 E. ve 2017/107 K. sayılı karar, <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/2017/107?EsasNo=2017%2F28>.

⁵⁴ Yıldız, Özel Ceza Hukuku, s. 511; Yıldız, s. 160.

⁵⁵ Hafızoğulları, Zeki/Özen, Muharrem: *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Millete ve Devlete Karşı Suçlar*, Ankara 2016, s. 255.

⁵⁶ Bkz. Yıldız, Özel Ceza Hukuku, s. 511.

⁵⁷ Ünver, s. 612; Yıldız, s. 160-161; Gökcan/Artuç, C. 6, s. 9437; Hakeri, Hakan: *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 23. Baskı, Ankara 2020, s. 142; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, Özel Hükümler, s. 1263; Arslan/Azizağaoğlu, s. 1185-1186. “TCK.nun 292. maddesinde düzenlenen hükümlü veya tutuklunun kaçması suçunda failin CMK.nun 101. maddesi uyarınca hakkında tutuklama kararı verilmiş yada hakkında kesinleşmiş bir mahkumiyet hükmü bulunan bir kimse olması gerektiği sözkonusu suçların özgü suç niteliğinde olup bu suçların yalnızca durum ve sıfatı anılan maddelerdeki tanıma uyan kişilerin işleyebileceği gözetilip bu ilkeler ışığında somut olay incelendiğinde; savunmasının tespiti amacıyla hakkında yakalama emri düzenlenen sanığın, devriye görevini ifa eden kolluk görevlilerince yakalanıp hakkında adli rapor alındıktan sonra ekip aracına bindirileceği esnada kaçması şeklindeki eyleminde atılı suçun unsurları oluşmadığı gözetilerek CMK.nun 223/2-a maddesi uyarınca beraati yerine yazılı şekilde mahkumiyetine karar verildiği anlaşıldığından”, Y8CD, 1.11.2018, E. 2018/4576, K. 2018/12009; Aynı yönde bkz. Y8CD, 15.10.2019, E. 2019/2035, K. 2019/12287; Y11CD, 24.5.2017, E. 2015/9370, K. 2017/4044; Y16CD, 16.3.2016, E. 2015/8177, K. 2016/1615, kazanci.com

tutuklu veya hükümlü olabilir. Ayrıca 292. maddenin 5. fıkrasındaki düzenleme gereğince ceza infaz kurumu dışında çalıştırılırken kaçan hükümlüler de suçun faili olabilir⁵⁸. Hakkında kesinleşmiş mahkumiyet hükmü bulunan hükümlüye bu mahkumiyet hükmü tebliğ edilmiş ve hatta hakkında yakalama kararı çıkartılmış olsa bile henüz görevlilere teslim olmadan ya da görevlilerce yakalanmadan⁵⁹, cezanın infazına başlanmadan kaçan hükümlü suçun faili olamaz⁶⁰.

Özgü bir suç olan hükümlü veya tutuklunun kaçması suçu kanaatimizce aynı zamanda bizzat işlenebilen bir suçtur⁶¹. ⁶². Çünkü bizzat işlenebilen suçlar, kanuni tanımda gösterilen hareketin doğrudan doğruya failin kendisi tarafından yapılmasının şart olarak arandığı suçlardır⁶³. Failin kendi bedensel hareketiyle gerçekleştirilebilen suçlardır. Bir başka ifadeyle kanuni tanımdaki hareketi kendi bedeni hareketiyle gerçekleştirmeyenler o suçun faili olamazlar⁶⁴. Bu bakımından hükümlü veya tutuklunun kaçması suçunda “kaçma” hareketi sadece hükümlü veya tutuklu olan kişinin kendi bedeni hareketiyle gerçekleştirebileceği bir suç olduğu için bizzat işlenebilen bir suç olarak kabul edilebilir. Nitekim doktrinde bazı yazarlar tarafından, askerlikten

⁵⁸ **Parlar/Hatipoğlu**, C. 4, s. 4403; **Parlar**, Ali/Öztürk, Mustafa: *Uygulamada Adliye Karşı Suçlar*, İstanbul 2018, s. 510.

⁵⁹ “TCK'nın 292. maddesinde düzenlenen suçun oluşabilmesi için sanığın, tutuklu veya hükümlü statüsünde olması, tutukevinden, ceza infaz kurumundan veya gözetimi altında bulunduğu görevlilerin elinden kaçmasının gerektiği, somut olayda; hakkında kesinleşmiş mahkumiyet hükmü nedeniyle yakalama kararı bulunan sanığın, evine gelen kolluk görevlilerine yakalanmadan kaçması şeklinde gerçekleşen olayda yüklenen suçun yasal unsurlarının oluşmadığı gözetilmeden, beraati yerine yazılı şekilde mahkumiyetine karar verilmesi, Kanuna aykırı,” Y16CD, 03.11.2016, E. 2016/2710, K. 2016/5518, www.legalbank.net

⁶⁰ Bkz. **Gökcan/Artuç**, C. 6, s. 9440; **Yıldız**, Özel Ceza Hukuku, s. 516.

⁶¹ **Özgenç**, İzinden Dönmemeye, s. 1; **Özgenç**, Sınav Soru ve Cevapları, s. 57; **Gökcan/Artuç**, C. 6, s. 9437; **Aydın**, Devrim: *Türk Ceza Hukukunda Suça İştirak*, Ankara 2009, s. 271. Kendi eliyle gerçekleştirilmesi gereken suç olarak bkz. **Sancar**, Türkan Yalçın/**Köprülü**, Timuçin: *Ceza Hukuku Genel Hükümler Uygulamalı Çalışmaları*, 2. Baskı, Ankara 2015, s. 442.

⁶² Doktrinde bizzat işlenebilen suçlar, özgü suçların özel bir şekli olarak ifade edildiği gibi (**Koca**, Mahmut/**Üzülmöz**, İlhan: *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 14. Baskı, Ankara 2021, s. 115), özel bir yükümlülüğün varlığına istinaden bizzat işlenebilen suç nitelendirmesine gerek görülmemekte özgü suç olarak da değerlendirilmektedir (**Özgenç**, İzzet: *Suçta İştirakin Hukuki Esası ve Faillik*, İstanbul 1996, s. 178-179). Buna karşılık özgü suçlardan ayrı olarak incelenmesi de sözkonusu olabilmektedir (**Wessels**, Johannes/**Beulke**, Werner/**Satzger**, Helmut: *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 44. neu bearbeitete Auflage, Heidelberg, München, Landsberg, Frechen, Hamburg 2014, s. 13, kn. 38 vd.; **Baumann**, Jürgen/**Weber**, Ulrich/**Mitsch**, Wolfgang: *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 11. neubearbeitete Auflage, Bielefeld 2003, s. 116-117, kn. 31, s. 118-119, kn. 37; **Heinrich**, Bernd: *Ceza Hukuku Genel Kısım I*, (Ed.: Yener Ünver), Ankara 2014, s. 97, kn. 172 vd.). Kanaatimizce bizzat işlenebilen suçlar, özgü suçlar kapsamında değildir (**Bringewat**, Peter: *Grundbegriffe des Strafrechts*, 2. vollständige überarbeitete Auflage, Baden-Baden 2008, s. 113, kn. 268); bu suçlar özgü suçlardan farklı olup ayrı bir suç türü olarak incelenmelidir (Aynı yönde bkz. **Aynural**, Ömer Metehan: *Soyut Tehlike Bağlamında Trafik Güvenliğini Tehlikeye Sokma Suçu (TCK 179/3)*, İstanbul 2018, s. 43). Çünkü özgü suçlarda belli bir sıfatı olan kişiler fail olabilirken, bizzat işlenebilen suçlarda belli bir sıfat aranmaksızın herkes fail olabilir. Bu itibarla bizzat işlenebilen suçlar, genel suçlar olabileceği gibi özgü suçlar da bizzat işlenebilen suç olabilir (Aynı yönde bkz. **Aynural**, s. 44; doktrindeki “bir suç, bizzat işlenebilen bir suç olsa dahi yükümlülük suçu olmayabilir”, ifadesi de görüşümüzü destekler niteliktedir (Bkz. **Demirel**, Muhammed: *Suçta İştirakte Bağlılık Kuralı*, İstanbul 2017, s. 156). Keza bazı bizzat işlenebilen suçların işlenme şekillerine göre inceleme konusu suçta verdiğimiz örnekte olduğu gibi müşterek faillik şeklinde işlenebileceği söylenebilecektir. Özgü suç ve bizzat işlenebilen suçlar konusundaki tartışmalar için ayrıca bkz. **Kitapçıoğlu Yüksel**, Tülay: *Özgü Suç*, İstanbul 2021, s. 107 vd.; **Özgenç**, Suça İştirak, s. 165 vd.; **Akbulut**, Berrin: “Bağlılık Kuralı”, *Gazi Üniversitesi HFD*, C. 14, S. 1, 2010, s. 183 vd.; **Akbulut**, Berrin: *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 7. Baskı, Ankara 2020, s. 413 vd.

⁶³ **Koca/Üzülmöz**, Genel Hükümler, s. 115; **Öztürk**, Bahri/**Erdem**, Mustafa Ruhan: *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, 21. Baskı, Ankara 2021, s. 199; **Heinrich**, s. 98, kn. 176; **Sancar/Köprülü**, s. 442.

⁶⁴ Bkz. **Akbulut**, Genel Hükümler, s. 413; **Akbulut**, Bağlılık Kuralı, s. 188-189; **Koca/Üzülmöz**, Genel Hükümler, s. 116; **Artuk**, M. Emin/**Gökcan**, Ahmet/**Alşahin**, M. Emin/**Çakır**, Kerim: *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 12. Baskı, Ankara 2018, s. 301.

firar suçunun icra hareketlerinin failden başkası tarafından yapılamayacağı ifade edilmekte⁶⁵ ve “kendi eliyle gerçekleştirilmesi gereken suçlar” veya “şahsen gerçekleştirilmesi gereken suçlar” olarak isimlendirilmektedir⁶⁶. Dolayısıyla tutuklu veya hükümlünün firarı suç, bizzat işlenebilen bir özgü suç olarak ifade edilebilir.

Kanuni tanımda suçun faili olarak tutukeviden, ceza infaz kurumundan veya gözetimi altında bulunduğu görevlilerin elinden kaçan tutuklu veya hükümlü ile kurum dışında çalışırken kaçan hükümlü kişiler gösterildiğine göre, tutuklu ve hükümlü kavramlarının ve bu kavramlarla bağlantılı yakalama, gözaltı, tazyik hapsi gibi kavramların açıklanarak kimlerin fail olabileceği ya da olamayacağının ayrıntılı olarak gösterilmesinde yarar vardır.

Hükümlü ve tutuklu kavramlarından ve bunlarla ilgili diğer kavramlardan ne anlaşılması gerektiğine daha önceki bir çalışmamızda⁶⁷ temas etmemiz nedeniyle burada sadece bu kavramlara ilişkin kanaatimizi belirtmekle yetineceğiz. Bize göre hükümlü, bir suçtan dolayı hakkında mahkeme tarafından CMK'nın 223. maddesindeki belirtilen hüküm çeşitlerinden birisine karar verilen kişidir. Fakat hükümlü veya tutuklunun kaçması suçunun kanuni tanımında ceza infaz kurumundan veya gözetimi altında bulunduğu görevlilerin elinden kaçan hükümlü denildiği için bu suç açısından hükümlü, ceza infaz kurumunda veya görevlilerin gözetiminde bulunan bir hükümlü olacağı için hükümlü ya hapis cezasına mahkum olan bir kişi olabilir ya da adli para cezası hapis cezasına çevrilmiş mahkum olabilir veyahut da hakkında bir güvenlik tedbirine hükmedilen kişi olabilir. Diğer hüküm çeşitleri olan beraat, ceza verilmesine yer olmadığı kararı, ret ve düşme kararlarında böyle bir durum oluşmayacağı için hakkında adı geçen hükümlerden birine karar verilen kişiler bu suç kapsamındaki hükümlü olarak dikkate alınmayacaktır. Bu madde açısından hükümlünün fail olabilmesi için hakkındaki hükmün kesinleşmiş olması gerekmektedir. Dolayısıyla bu suç açısından fail olabilecek hükümlü, hakkında hapis cezası, adli para cezası ve güvenlik tedbiri kararı kesinleşmiş kişidir. Fakat güvenlik tedbiri kararının infaz edildiği yerler ceza infaz kurumu olarak sayılmadığından, sağlık kurumları olduğundan buralardan kaçan ve hakkında güvenlik tedbiri kararı verilen kişi bu suçu işlemiş olamayacaktır^{68 69}.

⁶⁵ **Centel**, Nur/**Zafer**, Hamide/**Çakmut**, Özlem: *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, 11. Bası, İstanbul 2020, s. 511; **Toroslu**, Nevzat/**Toroslu**, Haluk: *Ceza Hukuku Genel Kısım*, 26. Baskı, Ankara 2021, s. 354; **Demirbaş**, Timur: *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 16. Baskı, Ankara 2021, s. 557.

⁶⁶ **Toroslu/Toroslu**, Genel Kısım, s. 354; **Demirbaş**, Genel Hükümler, s. 557; **Evik**, Vesile Sonay: *Suçta İştirakte Yardım Edenin Ceza Sorumluluğu*, 2. Baskı, İstanbul 2011, s. 330.

⁶⁷ **Aksan**, Murat: “Başkası Yerine Ceza İnfaz Kurumuna veya Tutukevine Girme Suçu (TCK m. 291)”, *Süleyman Demirel Üniversitesi HFD*, C. 9, 2019/2, s. 345 vd.

⁶⁸ Nitekim doktrinde güvenlik tedbiri kararı niteliği itibariyle hükümdür ve mahkumiyet halinde hükümlü olur, CMK m. 223 dikkate alındığında hakkında güvenlik tedbirine hükmedilen kişi de hükümlü sıfatını kazanacaktır. Fakat hukuksal niteliği ve m. 292 anlamında infaz şekli nedeniyle bu suç tanımına girmediği ifade edilmektedir. **Çolak**, s. 1922.

⁶⁹ Bu durum aslında TCK m. 57/6'a göre ceza sorumluluğu olan akıl hastaları hakkında hükümlü hapis cezası, süresi aynı kalmak koşuluyla, kısmen veya tamamen infaz hakimi kararıyla akıl hastalarına özgü güvenlik tedbiri olarak uygulanmasına karar verilen kişinin sağlık kuruluşundan kaçması açısından da geçerlidir. Keza hapis cezasına mahkum olup da ceza infaz kurumunda cezası infaz edilirken akıl hastalığına tutulması halinde CGTİHK m. 16 gereğince iyileşinceye kadar TCK m. 57'de belirtilen sağlık kurumuna gönderilen kişinin kaçması halinde de aynı şekilde uygulanır. Bununla birlikte doktrinde yüksek güvenlikli sağlık kurumlarında cezalarının infazı devam etmekte olan akıl hastası hükümlülerin, koruma ve tedavi altında buldukları kurumdan kaçması durumunda bu suçun oluşacağı ifade edilmektedir (**Gökçen/İçer**, s 736; **Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır**, Özel Hükümler, s. 1253).

Bu kapsamda hakkında disiplin ve tazyik hapsine karar verilenlerin hükümlü sayılıp sayılmayacaklarının, yani bu suçun faili olup olamayacaklarının değerlendirilmesi gerekmektedir. Doktrinde bazı yazarlara göre disiplin hapsine hakim veya mahkemenin karar vermesi ve 292. madde metninde de hapsin niteliğine vurgu yapılmaksızın ceza infaz kurumundan veya görevlilerin elinden kaçan hükümlü denilmesi nedeniyle hakkında disiplin hapsine karar verilen, örneğin tanık ya da bilirkişinin kaçması bu suçtu oluşturacaktır⁷⁰. Bazı yazarlara göre de 765 sayılı TCK'nın 298 ve 299. maddelerinde yer alan "bir suçtan dolayı" ibaresine 5237 sayılı TCK'nın 292. maddesinde yer verilmediğinden tazyik hapsi verilen kişiler de suçun faili olabilecektir⁷¹. Benzer düşüncedeki diğer bazı yazarlar da "bir suçtan dolayı" ibaresi 292. maddede öngörülmediğinden, tazyik hapsi uygulanan kişiler teknik anlamda şüpheli, sanık, tutuklu veya hükümlü sıfatını taşımasalar da tazyik hapsinin de kişi özgürlüğünü kısıtlaması ve ceza infaz kurumlarında çektirilmesi nedeniyle disiplin hapsi veya hapsen tazyik kararı verilen kişilerin suçun faili olabileceğini belirtmişlerdir⁷². Bazı yazarlar ise CGTİHK'daki (m. 4, 6, 14, 17) düzenlemelerle Açık Ceza İnfaz Kurumlarına Ayrılma Yönetmeliğindeki (m. 5, 8) düzenlemelerde hakkında tazyik hapsine karar verilenlerin hükümlü sayıldıkları gerekçesiyle tazyik, disiplin veya diğer zorlama hapsi cezalarına mahkum olup da ceza infaz kurumundan kaçanların 292. madde gereğince cezalandırılması gerektiğini ileri sürmüştür⁷³. Aksi görüşe göre ise tazyik hapsi ve disiplin hapsi uygulanan kişiler bu suçun faili olamaz⁷⁴. Maddede açıkça hükümlünün kaçmasından bahsedildiği için disiplin hapsinin infazı sırasında kaçanlar hakkında 292. madde uygulanamaz⁷⁵. Bu konuda Yargıtay kararlarında birlik yoktur. Yargıtayın bazı kararları hapsen tazyik edilen kişinin kaçmasının bu suçtu oluşturmayacağı⁷⁶ yönünde iken bazı kararları ise

⁷⁰ Bkz. **Meran**, s. 834-835.

⁷¹ **Arslan/Azizağaoğlu**, s. 1186.

⁷² **Parlar/Hatipoğlu**, C. 4, s. 4404-4405; **Parlar/Öztürk**, s. 512.

⁷³ **Şen**, Ersan: "Tazyik Hapsinin İnfazı Sırasında Kaçan Sanığın Durumu" <https://www.hukukihaber.net/tazyik-hapsinin-infazi-sirasinda-kaçan-sanigin-durumu-makale,5558.html>

⁷⁴ **Gökçen/İçer**, s. 478; **Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır**, Özel Hükümler, s. 1263; **Gözübüyük**, C. 3, s. 108; **Çolak**, s. 1923.

⁷⁵ **Yıldız**, s. 162.

⁷⁶ "Hükümlü veya tutuklunun kaçması suçunun oluşabilmesi için, hakkında tutuklama veya kesinleşmiş mahkumiyet kararı bulunan kişinin, tutukeviden, ceza infaz kurumundan ya da gözetimi altında bulunduğu görevlilerin elinden kaçması gerektiği; somut olayda, sanık hakkında, Lüleburgaz İcra Ceza Mahkemesince 3 aya kadar tazyik hapsi c ezası verildiği ve **tazyik hapsi cezasını infaz etmekte olan sanığın firar etmesi** şeklinde gerçekleşen eylemi nedeni ile TCK.nun 292/1. maddesinde düzenlenen suçun yasal unsurlarının oluşmayacağı gözetilmeden sanığın beraati yerine yazılı şekilde hüküm kurulması, Yasaya aykırı," Y8CD, 14.06.2017, E. 2017/7209, K. 2017/7262, www.legalbank.net; Aynı yönde bkz. Y16CD, 24.12.2015, E. 2015/5520, K. 2015/5231, www.legalbank.net; Y8CD, 13.09.2017, E. 2017/14810, K. 2017/9371, www.legalbank.net; Y8CD, 13.06.2017, E. 2017/9182, K. 2017/7045, www.legalbank.net; Y19CD, 17.4.2018, E. 2018/674, K. 2018/4686, www.kazanci.com; Y8CD, 19.06.2017, E. 2017/9210, K. 2017/7691, www.legalbank.net.

oluşturacağı yönündedir⁷⁷. Yargıtay Ceza Genel Kurulu yeni tarihli bir kararında hapsen tazyik edilen kişinin kaçmasının da m. 292'deki suçu oluşturacağı şeklindedir⁷⁸.

Bize göre 292. maddede kullanılan “hükümlü”, “tutuklu”, “ceza infaz kurumu” ve “tutukevi” kavramları bir suçtan dolayı sözkonusu olabilen teknik kavramlardır. Bu nedenle maddede bu kavramlara yer verilmişken “bir suçtan dolayı” ibaresinin belirtilmesine ve hapsin niteliğinin belirtilmesine gerek yoktur; bunlara yer verilmemesi teknik kavramların kapsamını geniş anlamayı da gerektirmemektedir. Benzer kavramlar yorum veya kıyas yoluyla bu teknik kavramlar kapsamına dahil edilmemelidir⁷⁹. Kaldı ki disiplin hapsi ve tazyik hapsi gerektiren fiiller, haksızlık teşkil eden fiiller olmakla birlikte suç değildirler ve dolayısıyla bu fiiller karşılığında öngörülen hapis de suç karşılığı uygulanan bir hapis cezası değildir. Disiplin hapsi ve tazyik hapsi bir disiplin cezasıdır. Bu nedenle de disiplin hapsi ve tazyik hapsi yaptırımını tayin eden

⁷⁷ “3 ay tazyik hapis cezasının infazı sırasında 4 gün izin alarak açık ceza infaz kurumundan ayrıldıktan sonra izinden dönmesi gereken tarihi takip eden 48 saat içinde teslim olmayan hükümlünün eyleminin, 5275 Sayılı Kanun'un 97. maddesi atfıyla TCK.nun 292/1. maddesinde düzenlenen hükümlünün kaçması suçunu oluşturduğu anlaşılmalı; mahkemece mahkumiyet kararı verilmesinde bir isabetsizlik görülmediğinden, karşı oy gerekçesi: “TCK.nun 292. maddesinde firar suçunun oluşabilmesi için sanığın tutuklu veya hükümlü statüsünde olması gerektiği belirtilmiştir. 5275 Sayılı kanunda tazyik hapsi ya da disiplin hapsi olanlar, hükümlü kapsamında değerlendirilmiş ise de bu durum bu kişilerin infazının ne şekilde yapılacağına dair bir düzenlemedir. Kaldı ki bu kanunda ve diğer kanunlarda hükümlünün tanımı yapılmamıştır...Ceza hukukunun temel prensiplerinden birisi kıyas yasağı ve genişletici yorum yasağıdır. TCK.nun 292. maddesinde belirtilen hükümlü kavramına bir suçtan hükümlü olanlar dışında cezaevinde kalması gerekenlerin de dahil edilmesi bu prensiplere aykırılık teşkil edecektir. Kanun koyucu, gözaltına alınanların, özel ceza infaz kurallarına uymayanların ve hatta tutuklanmak üzere haklarında yakalama kararı verilenlerin görevlerinin elinden kaçmasını dahi suç kapsamına almamıştır.”, Y8CD, 14.2.2019, E. 2018/5686, K. 2019/2073; Aynı yönde bkz. Y8CD, 9.5.2018, E. 2017/22106, K. 2018/5012; Y8CD, Y8CD, 30.9.2019, E. 2019/7724, K. 2019/11537; www.lexpera.com; Y8CD, 5.3.2019, E. 2018/7638, K. 2019/3073, karşı oy yazısı yukarıdakilerin aynısı; İstanbul BAM, 14CD, 6.3.2019, E. 2018/3261 K. 2019/600, www.lexpera.com; Y8CD, 21.10.2019, E. 2019/7730 K. 2019/12665, www.lexpera.com; Y8CD, 9.5.2019, E. 2018/11550 K. 2019/6538, www.lexpera.com.

⁷⁸ “... 2004 Sayılı İcra ve İflas Kanunu'nun 340. maddesi uyarınca üç aya kadar tazyik hapsine karar verildiği, bu kararın itiraz edilmeksizin 10.12.2015 tarihinde kesinleştiği, ... sanığın 26.12.2015 tarihinde saat 19.25'te personel araçlarının çıkışı sırasında nizamiye kapısından firar ettiği olayda; "Hükümlünün kaçması" suçunun kanun koyucu tarafından devletin adli yargı fonksiyonlarını yerine getirebilmesi ve bu bağlamda ceza infaz sisteminin etkin bir biçimde işleminin sağlanması amacıyla düzenlenmesi, gerek 765 Sayılı TCK'nın 299. maddesinde gerekse Meclis Adalet Komisyonu tarafından kabul edilen Türk Ceza Kanunu Tasarısı'nın 293. maddesinde anılan suçun yasal unsuru olarak gösterilen "Bir suçtan dolayı" ibaresinin Meclis Genel Kurulu'na verilen değişiklik önergesi üzerine madde metninden çıkartılması, bu maddenin "Bu maddede yazılı hükümler,...hapis cezası adli para cezasından çevrilmiş olanlar hakkında da uygulanır." şeklinde düzenlenen beşinci fıkrasında anılan madde hükümlerinin adli para cezasından çevrilen tazyik hapsinin infazı sırasında ceza infaz kurumundan veya gözetimi altında bulunduğu görevlinin elinden kaçan kişiler hakkında da uygulanacağı ayrıca belirtilse de bu düzenlemenin suçun failine ilişkin istisnai diğer bir ifade ile sınırlayıcı bir hüküm olarak getirilmeyip sadece uygulamadaki duraksamaları gidermek amacıyla madde metnine konulması, yine tazyik hapsi kararlarının infazının 5275 Sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun ve bu Kanun'da dayanılarak hazırlanan Yönetmelik ve suç tarihinde yürürlükte olan Tüzük hükümlerine göre yapılması ve ilgili mevzuat hükümlerinde haklarında tazyik hapsi kararı verilen kişilerin de hükümlü olarak kabul edilmesi hususları birlikte değerlendirildiğinde, kabahat niteliğindeki "Borçlunun ödeme şartını ihlal" eylemi nedeniyle İİK'nın 340. maddesi uyarınca hakkında üç aya kadar tazyik hapsine karar verilen ve cezasının infazı sırasında 26.12.2015 tarihinde Mersin Açık Ceza İnfaz Kurumundan firar eden sanık ...'ın TCK'nın 292. maddesinin birinci fıkrasında düzenlenen hükümlünün kaçması suçu bakımından "Hükümlü" statüsünde bulunduğu ve sanığa atılı suçun yasal unsurlarının oluştuğu kabul edilmelidir.”, Konuyu ayrıntılı değerlendiren bu karar ve karşı oy yazısı için bkz. YCGK, 15.12.2020, E. 2017/8-1121, K. 2020/519, www.kazanci.com.tr

⁷⁹ Ünver, s. 605. “...TCK'nın 292. maddesinde belirtilen hükümlü kavramına bir suçtan hükümlü olanlar dışında cezaevinde kalması gerekenlerin de dahil edilmesi (kıyas yasağı ve genişletici yorum yasağı) bu prensiplere aykırılık teşkil edecektir”, Gaziantep BAM3CD, 21.03.2018, 2017/1857, 2018/628, Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, Özel Hükümler, s. 1263, dpn. 54.

kararlar CMK m. 223’de belirtilen hüküm niteliğinde değildir. Dolayısıyla her ne kadar Ceza İnfaz Kurumlarının Yönetimi İle Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Yönetmeliğin 145. maddesi gereğince disiplin ve tazyik hapislerinin infazı ceza infaz kurumunda infaz ediliyor olsa da hakkında disiplin hapsi ya da tazyik hapsine karar verilenler “hükümlü” sayılamayacakları için bu suçun faili olamazlar. Bu kişileri fail olarak cezalandırmak, kıyas yasağı ve kanunilik ilkesine aykırılık oluşturur⁸⁰. Dolayısıyla kanunilik ilkesi gereğince hakkında disiplin veya tazyik hapsine karar verilenlerin ceza infaz kurumlarından kaçmalarının cezalandırılması isteniyorsa bunun kanunda açıkça gösterilmesi gerekir. Nitekim aşağıda belirtildiği üzere, 292. maddenin 5. fıkrasındaki bir tazyik hapsi niteliğinde olan hapse çevrilen adli para cezasına hükümlü kişilerin de bu suçun faili olabileceklerinin kanunilik ilkesi gereğince açıkça düzenlenmesi de görüşümüzü desteklemektedir.

Adli para cezasına mahkumiyet bir hükümdür ve bu cezaya mahkum olan kişi de hükümlü sıfatını almaktadır⁸¹. Ancak kişi ceza infaz kurumuna CGTİHK m. 106 gereğince bu cezadan çevrilen hapis nedeniyle girmektedir. Bu hapis ise tazyik hapsi niteliğindedir. Nitekim Adli Sicil Kanunu m. 4/1-c 3, 4’de bu hapsin tazyik hapsi olduğu ifade edilmektedir. Dolayısıyla adli para cezasına mahkum olan kişi hükümlü sıfatını taşısa ve de ceza infaz kurumundan kaçsa bile tazyik hapsi nedeniyle ceza infaz kurumunda bulunduğu, doğrudan hapis cezasına mahkum bir hükümlü olarak ceza infaz kurumunda cezasını çeken hükümlü olmadığı için bu suçun faili olamaz. Fakat kanunkoyucu adli para cezası hapse çevrilen hükümlülerin de ceza infaz kurumundan kaçmasını cezalandırmak için kanunilik ilkesine uygun olarak 292. maddenin 5. fıkrasına “Bu maddede yazılı hükümler, ... hapis cezası adli para cezasından çevrilmiş olanlar hakkında da uygulanır”⁸² hükmünü sevk etmiştir. Bu açık düzenleme gereğince artık hapis cezası adli para cezasından çevrilmiş olanlar da bu suçun faili olabileceklerdir⁸³. Hatta adli para cezasından çevrilen hapisten kaçtıktan sonra kalan günlere tekabül eden adli para cezasını ödese bile 292. maddeden cezalandırılacaktır. Yargıtay ödenen miktarın hükümlü veya tutuklunun kaçması suçundan belirlenen cezanın miktarını düşürmeyeceğine karar vermiştir⁸⁴.

Maddede suçun faili, ceza infaz kurumundan, tutukevinden ve gözetimi altında bulunduğu görevlilerin elinden kaçan hükümlü olarak belirlendiği için belirtilen yerlerin dışında bulunup da kaçan hükümlülerin de cezalandırılabilmesi düşüncesiyle kanunilik ilkesine uygun şekilde TCK m. 292/5’deki düzenlemeyle ceza infaz kurumu dışında çalıştırılan hükümlülerin de suçun faili

⁸⁰ Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, Özel Hükümler, s. 1263; Uğraş, s. 25-26.

⁸¹ Şen, Tazyik Hapsi, <https://www.hukukihaber.net/tazyik-hapsinin-infazi-sirasinda-kacan-sanigin-durumu-makale,5558.html>

⁸² Bu hükümdeki “**hapis cezası** adli para cezasından çevrilmiş olanlar” cümlesindeki adli para cezasından çevrilerek uygulanan hapsin ceza olarak nitelendirilmesi ve yine CGTİHK 106. maddesindeki “ödenmeyen kısma karşılık gelen gün miktarı **hapis cezasına** çevrilerek” ifadesindeki hapis cezası doğru olmamıştır. Çünkü yapılan açıklamalarda görüleceği üzere adli para cezasından çevrilen hapis bir tazyik hapsidir.

⁸³ Tazyik hapsi niteliğinden dolayı yapılan bu açıklamalara rağmen aslında m. 292/5 hükmü olmasaydı da (diğer tazyik hapsi durumları hariç), adli para cezasından çevrilen tazyik hapsinin infazından kaçanın da 292. maddeden cezalandırılabilceği ifade edilebilir. Zira adli para cezasına mahkum edilenler de hükümlü olduklarına ve tazyik hapislerini ceza infaz kurumunda çekerek adli para cezasını infaz ettiklerine göre 292. maddenin aradığı hükümlü ve ceza infaz kurumundan kaçma unsurlarının gerçekleştiği söylenebilecektir.

⁸⁴ Y4CD, 28.12.1945, E. 270, K. 12759, Erem, Faruk: *Adliye Aleyhinde Cürümler*, Ankara 1955, s. 69.

olabileceği öngörülmüştür⁸⁵. O halde fail olabilecek ceza infaz kurumu dışında çalıştırılan hükümlülerin belirlenmesi gerekmektedir. Doktrinde TCK m. 50/1-f gereğince kısa süreli hapis cezası seçenек yaptırım olarak kamuya yararlı bir işte çalıştırılmaya çevrilen hükümlülerin çalıştırıldıkları yerlerden kaçmaları durumunda 292. maddedeki suçun faili olacakları ileri sürülmüştür⁸⁶. Kanaatimizce 292. maddenin 5. fıkrasındaki “ceza infaz kurumu dışında çalıştırılan hükümlüler” ifadesi, cezası, ceza infaz kurumunda yerine getirilip de kurum dışında çalıştırılanları kapsamaktadır⁸⁷. Nitekim hükümlülerin çalıştırılması CGTİHK m. 29 vd. düzenlenirken, kısa süreli hapis cezasına seçenек olarak kamuya yararlı bir işte çalıştırma m. 105’de düzenlenmektedir. 30. madde “kurum dışında çalıştırma” başlığını taşımakta ve 292/5. fıkrasının sözkonusu ifadesine uygun düşmektedir. Bu itibarla 292/5. fıkrasındaki hüküm CGTİHK m. 30’daki çalışanları kapsamakta olup⁸⁸, TCK m. 50 hükmüne göre kısa süreli hapis cezası seçenек yaptırım olarak kamuya yararlı bir işte çalışmaya çevrilen hükümlüler için geçerli değildir. Yani kısa süreli hapis cezası seçenек yaptırım olarak kamuya yararlı bir işte çalıştırılanlar bu suçun faili olamazlar⁸⁹; kamuya yararlı bir işte çalışırken kaçması, hükümlünün kaçması suçunu oluşturmaz. Keza TCK m. 52 hükmüne göre hükmedilen adli para cezasını ödemeyen ve CGTİHK m. 106 gereğince kamuya yararlı bir işte çalışmasına karar verilen hükümlülerin çalıştığı esnada kaçması/işi terk etmesi 292. maddedeki suç oluşturmaz⁹⁰. Zira kamuya yararlı işte çalışmayı terk etme durumunda CGTİHK m. 106/3 uyarınca tazyik hapsi uygulanacak ve kalan kısmın tamamı açık ceza infaz kurumunda yerine getirilecektir.

Ceza infaz kurumu dışında çalıştırma CGTİHK 30. maddesinde ve Ceza İnfaz Kurumları ile Tutukvevleri İşyurtları Kurumu ve İşyurtlarının İdare ve İhale Yönetmeliğinin 22. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre kurum dışındaki iş alanlarında açık ceza infaz kurumlarında bulunanlar⁹¹ ile kapalı ceza infaz kurumlarında bulunup da açık ceza infaz kurumlarına ayrılmaya hak kazanmış hükümlüler çalıştırılabilecektir. Açık ceza infaz kurumlarında bulunanlar ceza infaz kurumu görevlileri gözetiminde, kapalı ceza infaz kurumunda bulunanlar ise iç ve dış güvenlik görevlilerince alınacak tedbirler altında çalıştırılırlar. Çocuk eğitimevlerinde bulunan

⁸⁵ Yargıtay eğitim amaçlı olarak açık ceza infaz kurumu dışında bulunan hükümlülerin kaçmasını suç kapsamında değerlendirmemiştir: “TCK.nun 292/5. maddesi sadece ceza infaz kurumu dışında çalıştırılan hükümlülerini kapsamakta olup, eğitim amaçlı olarak açık ceza infaz kurumu dışında bulunan hükümlülerin eylemleri firar olarak değerlendirilmemiştir.”, Y8CD, 11.9.2018, 2018/3319, 2018/8882, **Gökcan/Artuç**, C. 6, s. 9443, dpn. 16.

⁸⁶ **Meran**, s. 833. Ayrıca denetimli serbestlik, koşullu salıverilme kapsamında ve adli para cezasının ödenmemesi halinde savcı tarafından çevrilen kamuya yararlı çalıştırılan kişilerin kaçmasının da m. 292/5 hükmü uyarınca cezalandırılacağı görüşü için bkz. **Uğraş**, s. 22-23.

⁸⁷ Nitekim Yargıtay, açık ceza infaz kurumunda cezası infaz edilen ve belediye bünyesinde çalışırken öğle sayımında bulunmayan hükümlünün m. 292/1-5’den cezalandırılması kararını onamıştır. Y8CD, 07/11/2018, E. 2018/7752, K. 2018/12376, **Uğraş**, s. 24.

⁸⁸ Bkz. **Gökçen/İçer**, s. 750-751.

⁸⁹ Adli para cezası kamuya yararlı bir işte çalışmaya çevrilmiş kişilerin çalışmaktan kaçması bu suç oluşturmaz. Ceza Kanununun Meriyet Kanunu m. 7 uygulanabilir, Y4CD, 23.6.1951 5089/5089, **Gözübüyük**, C. 3, s. 117.

⁹⁰ Bu sonuca TCK m. 50 hükmünden yararlanılarak da varılabilir. Çünkü bu hükümde uygulamada asıl mahkumiyetin çevrilen adli para cezası ve tedbir olduğu ifade edilmektedir. Dolayısıyla hapis cezası kamuya yararlı işte çalışmaya çevrildiğinde artık hapis cezasından bahsedilemeyecek ve infaz kurumunda ve görevlilerin gözetiminde infazdan da sözedilemeyecektir.

⁹¹ “Hükümlü olduğu Gaziantep Açık Cezaevinden iş yurtlarına bağlı olarak çalıştırıldığı Gaziantep adliyesi inşaatından kaçmak suretiyle atılı suçu işleyen sanık hakkında uygulama maddesinin "TCK.nun 292/5. maddesi yollamasıyla 292/1. maddesi" yerine, doğrudan anılan Kanunun 292/1. maddesi olarak gösterilmesi, Yasaya aykırı”, Y8CD, 12.9.2017, E. 2017/15119, K. 2017/9257, lexpera.com.

hükümlülerin, kurum dışında çalıştırılmaları sırasında kurum görevlilerinin gözetimi ve muhafazası aranmaz. Düzenlemelerden de görüleceği üzere çocuk eğitimevlerinde bulunan hükümlüler haricindeki hükümlülerin kurum dışında çalışmaları esnasında yine görevlilerin gözetimi sözkonusudur. Dolayısıyla 292/5. madde hükmü sevk edilmeseydi de kurum dışında çalışan hükümlülerin kaçması gözetim altındaki görevlilerin elinin altından kaçma fiilinin faili olarak değerlendirilebilecekti. Bu durumda sadece çocuk eğitimevlerindeki hükümlülerde gözetim olmadığı için 292. maddenin uygulanması mümkün olmayabilirdi. Bu itibarla düzenleme çocuk eğitimevindeki hükümlülerin kurum dışında çalışırken kaçmalarını madde kapsamına alması ve kurum dışında çalışırken kaçan kişilerin fail olup olamayacağını belirlemek adına yerinde olmuştur.

Burada hükümlü sıfatını taşımalarına rağmen hapis cezası özel infaz rejimine göre infaz edilen hükümlülerin özel infaz rejimine aykırı davranışları durumunda m. 292'deki suçun faili olup olamayacaklarına da değinmekte yarar vardır. Hapis cezası konutta infaz edilen hükümlünün konut sınırlarını terk etmesi, kaçması, tutukevinden veya ceza infaz kurumlarından ya da görevlilerin gözetimi altından kaçma olmayacağından suçun faili olamaz⁹². Fakat özel infaz rejimi, hapis cezasının hafta sonu veya geceleri ceza infaz kurumunda infaz ise kişi hafta sonu veya gece ceza infaz kurumundayken⁹³ kaçarsa suçun faili olur mu esas olarak bunun cevaplandırılması lazımdır. Çünkü maddenin aradığı hükümlü sıfatı ve ceza infaz kurumundan kaçma unsurları gerçekleşmektedir. Aslında 292. maddenin ilk halinin 6. fıkrasında “*Kısa süreli hapis cezasının özel infaz şekillerinin gereklerine uymayan hükümlü hakkında bir aydan iki aya kadar hapis cezasına hükmolunur; geriye kalan ceza da ayrıca çektirilir*” denilmekteydi. Buna göre özel infaz şekillerinin hangisi olursa olsun bu infaz şekillerinin gereklerine aykırı bir davranış, örneğin konutu terk ya da geceleri infazda ceza infaz kurumundan kaçma gerçekleşseydi, 6. fıkra hükmünün uygulanması düşünülebilirdi. Ancak kanunkoyucu 29.06.2005 gün ve 5377 sayılı kanunla 6. fıkrayı yürürlükten kaldırmıştır. Gerekçede “13.12.2004 tarih ve 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanununun 110 uncu maddesinin altıncı fıkrasında aynı konuda hüküm bulunması nedeniyle, Kanununun 292 nci maddesinin altıncı fıkrası, yürürlükten kaldırılmıştır”⁹⁴ şeklinde belirtilmiştir. Kanunilik ilkesine uygun olarak özel infaz rejimi

⁹² Bkz. Yıldız, s. 161.

⁹³ Yargıtay hakkında özel infaz rejimi olarak hafta sonları infazına karar verilen kişinin ceza infaz kurumuna gitmemek şeklindeki fiilinin TCK m. 292'deki suçun oluşturmayacağı CGTİHK m. 110 göre hareket edilmesi gerektiği yönünde karar vermiştir: “...sanığın üzerine atılı hükümlü veya tutuklunun kaçması suçunun maddi unsurunun; kişinin kanunen tutuklandıktan veya kesinleşmiş bir yargı kararı ile mahkum olduğu hapis cezasının infazına başlandıktan veya bu maksatla yakalandıktan sonra tutukevinden, ceza infaz kurumundan veya gözetimi altında bulunduğu görevlilerin elinden kaçması olması karşısında, özel infaz rejimi gereğince cezası hafta sonları Kaş K1 Tipi Kapalı Ceza infaz Kurumunda infaz edilen sanığın 03.12.2010 tarihinde kuruma gitmemek şeklinde gerçekleşen eyleminin müstet suçun oluşturmayacağı gözetilmeden, yazılı şekilde karar verilmesinde isabet görülmediğinden bahisle, 5271 sayılı CMK'nın 309. maddesi uyarınca anılan kararın bozulması lüzumu ...ile daireye ihbar ve dava evrakı tevdi kılınmakla;...TCK'nın 292. maddesine göre hükümlü veya tutuklunun kaçması suçunun oluşması için failin tutukevinden, ceza infaz kurumundan veya gözetimi altında bulunduğu görevlilerin elinden kaçmasının gerektiği, bunun dışındaki hallerde söz konusu suçun oluşması için yasalarda fiili suç sayan özel bir düzenleme olmasında zorunluluk bulunduğu, 5275 sayılı Kanunun özel infaz usullerini düzenleyen 110. maddesinde böyle bir düzenleme olmadığı gibi aynı maddenin 5. fıkrasında (14/4/2020-7242/50 md. değişikliği ile 7. fıkra) göre özel infaz usulünün gereklerine geçerli bir mazeret olmaksızın uyulmaması halinin müeyyidesinin cezanın baştan itibaren infaz usulünün çektirilmesine karar verme olacağı anlaşılmakla; Kanun yararına... BOZULMASINA.”, Y9CD., 13.03.2014, E. 2014/943, K. 2014/2921, <https://www.lexpera.com.tr/>

⁹⁴ Bkz. Yalvaç, s. 1517.

gereklerine aykırılık halinde 292'deki suçun oluşup oluşmayacağını belirlenmesi açısından yerinde olsa da 292/6. fıkrası yürürlükten kaldırılmasaydı, hafta sonu veya geceleri infazda kurumdan kaçma durumunda 292/6. maddesinin mi yoksa CGTİHK 110/6. maddesinin mi uygulanacağı tartışmalı olacaktı. TCK m. 292/6. fıkrasının ilga edilmesiyle, hafta sonu veya geceleri infazda ceza infaz kurumundan kaçan hükümlü hakkında 14.4.2020 tarih ve 7242 (m. 50) sayılı kanunla değişiklik sonrası CGTİHK 110. maddenin 7. fıkrası gereğince özel infaz usulünün uygulanmasına son verilecek ve kalan süre açık ceza infaz kurumunda yerine getirilecektir. Özel infaz usulüne son verilmesi ve açık ceza infaz kurumunda kalan cezası infaz edilmesi nedeniyle buradan kaçan fail bu durumda 292. maddeden sorumlu tutulacaktır.

6706 sayılı Kanunun “infazın devri” (m. 26-27) ve “hükümlünün nakli”nin (m. 30-31) ilgili maddelerinde öngörülen şartlar çerçevesinde Türkiye’de infazı gerçekleştirilen yabancı mahkemece hakkında mahkumiyet kararı verilen hükümlüler de hükümlünün kaçması suçunun faili olabilir⁹⁵.

Fail hükümlüken ceza infaz kurumundan kaçtıktan sonra örneğin mahkum olunan ceza, hükümlünün kaçması ile ceza zamanaşımına uğramış olsa dahi 292. maddedeki suçun dava zamanaşımı süresi dolmadığı sürece 292. maddeden sorumlu tutulabilecektir. Keza özel af⁹⁶ ile cezanın infaz kurumunda çektirilmesine son verilmesi ya da adli para cezasına çevrilmesi halinde cezanın infaz kurumunda çekilmesi durumu ortadan kalkmış olmasına rağmen ceza infaz kurumundan kaçma suçundan cezalandırma sözkonusu olabilecektir. Yine genel af veya TCK m. 184/5'deki ruhsatsız ya da ruhsata aykırı binanın ruhsata uygun hale getirilmesi durumunda mahkum olunan ceza bütün sonuçlarıyla kalkar hükmü ya da 5941 sayılı Çek kanunu m. 6'daki etkin pişmanlık veya şikayetten vazgeçme⁹⁷ sonucu mahkeme tarafından hükmün bütün sonuçlarıyla kaldırılmasına karar verildiği gibi mahkumiyet hükmünü bütün sonuçlarıyla ortadan kaldıran bir durum ortaya çıksa dahi suç oluşur. Hatta hükümlülük sıfatı infazla sona erse bile 292. maddedeki suçtan mahkumiyet kararı verilir. Çünkü ceza infaz kurumundan veya gözetimi altındaki görevlilerin elinden kaçma fiilinin işlendiği zaman failin hükümlü olması yeterlidir, hükümlünün kaçması suçundan mahkumiyet verildiği anda da hükümlü sıfatını taşıması şart değildir. Hüküm hakkında olağanüstü kanunyolu olan yargılamanın yenilenmesine başvurulması

⁹⁵ 6706 sayılı Kanuna göre infazın devri ve hükümlü nakli kurumları ve bu iki kurum arasındaki farklar için bkz. **Turhan**, Faruk: “6706 Sayılı Cezai Konularda Uluslararası İş Birliği Kanunu’nun Kapsamı ve Genel Hükümleri Hakkında Bir Değerlendirme”, *Dokuz Eylül Üniversitesi HFD*, Prof. Dr. Durmuş Tezcan’a Armağan, C. 21, Özel Sayı, 2019, s. 3075 vd.

⁹⁶ “Ağır hapis cezasının infazı sırasında kaçan ve sonra teslim olan sanığın geri kalan cezası 1803 sayılı yasa ile affa tabi tutulması nedeni ile ortada infazı gereken ceza kalmamıştır. İşlediği kaçma suçundan dolayı hakkın da T.C.K.nun 299 uncu maddesinin 2 nci bendi uyarınca iki aydan eksik olmamak üzere ağır hapis cezası tayin edilip, 300 üncü madde ile bu cezadan indirim yapılması gerekir.”, Y8CD, 18.12.1974, 12762/15990, **Şanal**, Şemsettin/**Aydınöz**, Selçuk: *Notlu ve İçtihatlı Türk Ceza Kanunu*, İstanbul 1979, s. 342-343.

⁹⁷ “Karşılıksız çek keşide etmek suçundan mahkum olduğu adli para cezasını ödemediği için cezası hapse çevrilen sanığın bu cezasının infazı nedeniyle cezaevinde hükümlü olarak bulunduğu sırada 19.05.2011 günü kaçtığı, ardından da karşılıksız çek keşidesi suçu mağdurunun şikayetinden vazgeçmesi nedeniyle 5941 sayılı Çek Kanunu’nun o tarihte yürürlükte bulunan haliyle 6. maddesi hükmü gereğince sanık hakkındaki mahkumiyet hükmünün bütün sonuçları itibarıyla ortadan kalkma koşullarının gerçekleştiği, bu aşamada firar suçu nedeniyle yargılamayı sürdüren ve hakkında yakalama kararı çıkartmış bulunan mahkemeye firar tarihinden itibaren altı aylık süre içinde 10.10.2011 günü başvuran sanığın kendiliğinden teslim olup bu hususları açıklamış bulunması karşısında, sanığın cezasından etkin pişmanlık nedeniyle TCK’nın 293. maddesi ile indirim yapılması gerektiği gözetilmeden yazılı biçimde uygulama yapılarak fazla ceza tayini, Kanuna aykırı,” Y9CD, 05.11.2012, E. 2012/5593, K. 2012/12280, <https://www.kararara.com/forum/viewtopic.php?t=8825>

halinde mahkemece infazın geri bırakılmasına veya durdurulmasına karar verilmediği sürece kural olarak hükümlünün cezasının infazı devam ettiği için (CMK m. 312) hükümlü bu aşamada kaçarsa da suçu işlemiş olur. Yargılamanın yenilenmesi sonucunda beraat de etse 292. maddedeki suçu işlemiş olacaktır⁹⁸.

Hakkında yapılan ceza muhakemesi sonunda, gerçekte işlemediği bir suçtan dolayı kesinleşmiş mahkumiyeti nedeniyle ceza infaz kurumunda cezasını çekerken kaçan kişi de bu suçun faili olur⁹⁹. Çünkü her ne kadar gerçekte suç işlememiş bir kişi olsa da hukuken verilmiş ve kesinleşmiş bir mahkumiyet kararı bulunduğu için hükümlünün kaçması suçunu işlemiş olacaktır. Fakat ceza infaz kurumundan kaçan kişi aslında gerçek hükümlü değil, bir başka hükümlü yerine cezaevine girmiş onun yerine cezaevinde bulunmakta iken kaçan biri ise bu kişi gerçekte hükümlü sıfatına sahip olmadığı için suçun faili olamaz ve hükümlünün kaçması suçunu oluşmaz.

Tutuklama, suç işlediğine dair hakkında kuvvetli şüphe bulunan kişinin özgürlüğünün hakim veya mahkeme kararıyla kesin hükümden önce geçici olarak ortadan kaldırılmasıdır. Böyle bir kararla özgürlüğü sınırlandırılan ve tutukevine konan kişi ise tutuklu sıfatını almaktadır. Tutuklama kararının uygulanabilmesi için kesinleşmesine gerek yoktur ve tutuklama kararı verildiği anda kişi tutukevine gönderilir. Eğer karara itiraz kabul edilirse tutuklu derhal salıverilir. Tutuklama kararı soruşturma veya kovuşturma evresinde verilebilir. Hatta ilk derece mahkemesinde hükümlü birlikte verilen özgürlüğü kısıtlayan karar da tutuklama kararıdır; çünkü ortada kesinleşmiş bir hüküm ve hükümlü yoktur¹⁰⁰. Ancak Yargıtay, görüşüne katılmadığımız bir kararında, hakkındaki kesinleşmiş hükmün, hapis cezasının infazının yerine getirilmesi için yakalandıktan sonra savcılıkça işlemleri yapılırken adliyeden kaçmasını tutuklunun kaçması olarak kabul etmiştir¹⁰¹.

5271 sayılı CMK'da tutuklama kararı kural olarak yüze karşı verilmektedir. Yani tutuklama kararı verilirken şüpheli veya sanığın hakim ya da mahkeme huzurunda olması, hazır bulunması gerekmektedir. Gıyapta tutuklama kararı verilmesi kabul edilmemiştir¹⁰². CMK'da gıyapta tutuklama iade kurumunun işletilebilmesi amacıyla kaçak şüpheli veya sanık için öngörülmüştür (CMK Yürürlük Kanunu m. 5). Ancak bazı yazarlara göre CMK m. 271/4'deki tutuklama talebinin reddi üzerine yapılan itirazda tutuklanması gerektiği yönünde verilen kararın

⁹⁸ **Parlar/Öztürk**, s. 513.

⁹⁹ Nitekim doktrinde hakkında kesinleşmiş mahkumiyet kararı bulunan, fakat muhtemelen suçsuz olan mahkumun ceza infaz kurumundan kaçmasının zorunluluk hali kapsamında değerlendirilemeyeceği, çünkü suçsuzluğunun ispatı bakımından CMK'da yargılamanın yenilenmesi kanun yolunun öngörülmesi nedeniyle yasal yollara gitmek yerine kaçmasının TCK m. 292'den sorumluluğuna engel olmayacağı ifade edilmiştir (**Kangal**, Zeynel T.: *Ceza Hukukunda Zorunluluk Durumu*, Ankara 2010, s. 336).

¹⁰⁰ Bkz. **Aksan**, s. 350-351.

¹⁰¹ "Hakkındaki hüküm kesinleşen hükümlünün, bu amaçla yakalandıktan sonra hürriyeti bağlayıcı cezanın yerine getirilmesi için cezaevine konulmadan önce C.Savcılığında işlemleri yapılırken adliyeden kaçtığı ve bu oluş içerisinde suçun tutuklunun firari olarak nitelendirilmesi gerektiği", Y8CD, 19:10.2006, 2407/7731, **Artuk**, Mehmet Emin/**Gökçen**, Ahmet/**Yenidünya**, A. Caner: *Türk Ceza Kanunu Şerhi*, (Madde 234-345), C. 5, 2. Baskı, Ankara 2014, s. 7991.

¹⁰² "5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda gıyabi tutuklama müessesesinin düzenlenmediği dolayısıyla Antalya 1. Asliye Ceza Mahkemesinin (...) sayılı kararının CMK'nın 98. maddesi kapsamında yakalama emri niteliğinde olup, nöbetçi Asliye Ceza Mahkemesine anılan yakalama emri gereği sevk edilmek üzere adliyede bekletildiği sırada kaçan sanık hakkında yüklenen suçun unsurlarının oluşmadığı gözetilmeden beraati yerine yazılı şekilde mahkumiyetine karar verilmesi,... Kanuna aykırı.", Y9CD, 16.01.2014, E. 2013/17354, K. 2014/469, www.legalbank.net

dosya üzerinden verilmesi nedeniyle itiraz merciin bu kararı da gıyapta tutuklama kararıdır¹⁰³. Kanaatimizce gıyapta tutuklama kabul edilen bu hallerde, hakkında gıyapta tutuklama kararı verilen şüpheli veya sanık, tutukevinden veya görevlilerin gözetimden kaçmadığı için 292. maddedeki suçun faili olamaz. Ama gıyabi tutuklama kararı sonucu yakalanan şüpheli veya sanık, görevlilerin gözetiminde iken, gıyabi tutuklama kararı yüze karşı verilmeden dahi kaçsa yine de suçun faili olacaktır¹⁰⁴. Çünkü gıyapta da olsa hukuken geçerli kabul edilen bir tutuklama kararı vardır ve bu karar üzerine yakalanarak görevlilerin gözetiminde tutulurken kaçmak suretiyle 292. maddedeki tanıma uygun hareket etmiş olacaktır.

Maddede tutuklu kavramın kullanılması nedeniyle kişi hakkında öncelikle tutuklama kararının verilmiş olması gerekir. Ayrıca tutuklu kişinin tutukevinden ya da gözetimi altındaki görevlilerin elinin altından kaçması aranır. Bu itibarla suç şüphelisi olarak gözaltına alınan kişinin mevcutlu olarak tutuklama talebi ile sulh ceza hakimliğine sevk edilip duruşma salonu önünde beklerken görevlilerin elinden kaçması¹⁰⁵, hatta sulh ceza hakimliğindeki sorgusu tamamlanıp tutuklamaya ilişkin kararın açıklanması amacıyla duruşma salonu dışında beklerken kaçması¹⁰⁶ halinde de hakkında verilmiş bir tutuklama kararı olmadığı için suçun faili olarak kabul edilemez. Fakat tutuklama kararı verildikten sonra mahkeme salonundan çıkarılırken kaçma halinde tutuklama kararı ve görevlilerin gözetimi bulunduğu için suç oluşacaktır¹⁰⁷.

¹⁰³ Bu konudaki açıklamalar için bkz. **Aksan**, s. 353.

¹⁰⁴ 1412 sayılı CMUK zamanında doktrinde gıyabi tutuklama kararı üzerine yakalanan, ancak hakkındaki gıyabi tutuklama kararı yetkili hakim tarafından vicahiye çevrilmeden önce kaçan kişinin eyleminin suç oluşturmadığı belirtilmekteydi (**Özütürk**, s. 127). Yargıtay'ın ise aksi yönde kararı bulunmaktaydı. Yargıtay'a göre hakkında gıyabi tutuklama kararı bulunan kişinin kolluk tarafından yakalanması ile yasal tutuklama gerçekleşmektedir, yetkili hakim CMUK 108. maddesine göre yapacağı işlem bu tutuklamanın devamına gerek olup olmadığına ilişkin bir işlemdir, bu nedenle hakkında gıyabi tutuklama kararı bulunan kişinin kaçması tutuklunun kaçmasını suçunu oluşturmaktadır. Y2CD, 24.11.1987, 8991/9193, bu karar ve görüş için bkz. **Kaymaz/Gökcan**, s. 94-95.

¹⁰⁵ Bkz. **Hafizoğulları/Özen**, Millete ve Devlete Karşı Suçlar, s. 255. "Hakkında tutuklama kararı verilmeyen ya da mahkumiyet hükmü bulunmayan kişilerin TCK'nın 292. maddesindeki suçun faili olamayacağı; somut olayda, suçu şüphelisi olarak gözaltına alınan ve sorgusu yapıp tutuklanması istemi ile sulh ceza mahkemesine sevk edildiği ve duruşma salonu önünde beklediği esnada görevlilerin elinden kaçmaya teşebbüs eden sanığın üzerine atılı suçun unsurlarının oluşmadığı gözetilmeden, beraati yerine yazılı şekilde mahkumiyetine karar verilmesi, Yasaya aykırı," Y11CD, 3.12.2015, E. 2014/10419, K. 2015/31519, legalbank.net; "Sorgu amacıyla Sulh Ceza Mahkemesine sevk edildiği sırada görevlilerin gözetimi altından kaçarak daha sonra yakalanan sanığın eyleminin tutuklu veya hükümlü sıfatının bulunmaması nedeniyle atılı suç oluşturmadığı gözetilmeden mahkumiyetine karar verilmesi, Kanuna aykırı," Y16CD, 28.05.2015, E. 2015/3532, K. 2015/1576, www.legalbank.net; "hükümlü ve tutuklu olmayan ancak başka suç nedeniyle gözaltına alınan sanığın, Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından Nöbetçi Sulh Ceza Mahkemesine tutuklanma talebi ile sevk edildiği esnada kaçması şeklinde gerçekleşen olayda TCK'nun 292. maddesinde tanımlanan suçun oluşmayacağı gözetilmeden, sanığın atılı suçtan beraati yerine yazılı şekilde mahkumiyetine karar verilmesi, Yasaya aykırı," Y8CD, 16.04.2014, E. 2014/466, K. 2014/9844, www.legalbank.net.

¹⁰⁶ "...sanığın tutuklanma talebi ile sevk edildiği Sulh Ceza Mahkemesindeki sorgusu tamamlandıktan sonra kararın açıklanması amacıyla mahkeme salonu dışına çıkartıldığı, kararın açıklanmasının beklediği bu aşamada sanığın görevli polis memurlarını atlatarak adliyeden kaçtığı, henüz hakkında tutuklama kararı verilmeden adliyeden kaçması nedeniyle TCK'nın 292/1'inci maddesinde düzenlenen "hükümlü veya tutuklunun kaçması" suçunun yasal unsurlarının oluşmadığı anlaşıldığından, sanığın atılı suçtan beraati yerine yazılı şekilde mahkumiyetine karar verilmesi... Bozmayı gerektirmiş," Y13CD, 5.11.2014, E. 2014/9671, K. 2014/30823, kazanci.com

¹⁰⁷ "Sulh Ceza Mahkemesince hırsızlık suçundan tutuklanmalarına karar verilmesi üzerine mahkeme salonundan çıkarılırken kaçıp adliye merdivenlerinde yakalandıklarının anlaşılması karşısında, hakkında tutuklama kararı verilen sanığın eyleminin TCK'nın 292. maddesinde düzenlenen hükümlü veya tutuklunun kaçması suçunu oluşturacağı gözetilmeden suç vasfında düşülen yanılıgı sonucu yazılı şekilde karar verilmesi... Bozmayı gerektirmiş," Y16CD, 30.11.2016, E. 2016/5585, K. 2016/6387, www.legalbank.net.

İade sürecinde (6706 sayılı Kanunun m. 14; 21/3; 24/6) tutuklanan¹⁰⁸ kişi de kanaatimizce bu suçun faili olabilir¹⁰⁹. Hakkında ceza soruşturması veya kovuşturması yapılan bir şüpheli, sanık veya hükümlünün bir devletten başka bir devlete teslimini amaçlayan cezai konularda devletlerarası bir adli işbirliği işlemi olan iade kurumunda¹¹⁰ da bir suç veya mahkumiyet kararı nedeniyle verilmiş bir tutuklama kararı söz konusudur. Dolayısıyla iade sürecinde tutuklanan kişinin bir tutukevinden ya da görevlilerin gözetimindeyken kaçması halinde 292. madde gereğince cezalandırılacaktır.

Tutuklama kararı mevzuat hükümlerine aykırı bir şekilde, yani hukuka aykırı olarak, örneğin, tutuklama yasağının sözkonusu olduğu suçlarda (CMK m. 100/4) verilmişse, kişinin kaçması cezalandırılmaz¹¹¹. Kişi, bir memurun yalnız keyfi davranışı nedeniyle tutuklanırsa kaçması suç teşkil etmez. Tutuklunun tahliyesine karar verilmesine rağmen serbest bırakılmayan kişinin kaçması da suç oluşturmaz. Çünkü ortada hukuken geçerli bir tutuklama yoktur. Keza başkasına ait kimlik bilgilerini kullanması nedeniyle kimliğini kullandığı kişi hakkında yürütülen soruşturma veya kovuşturma kapsamında tutuklama kararı verilen kişinin kaçması da suç oluşturmaz¹¹². Bununla birlikte tutukevinden kaçan kişinin tutuklandığı suçtan dolayı daha sonra hakkında kovuşturmaya yer olmadığı kararı veya beraat kararı verilmiş olsa dahi tutuklunun kaçması suçundan cezalandırılacaktır. Zira tutuklama kararı haksız olsa da verildiğinde hukuka uygun olduğu için suçun faili olarak kabul edilecektir¹¹³.

Hakkında tutuklama kararı veya kesinleşmiş bir mahkumiyet kararı olmadan yakalanan¹¹⁴ kişinin kaçması bu suçu oluşturmaz. Ancak hakkındaki kesinleşmiş mahkumiyet kararının infazı

¹⁰⁸ İade sürecindeki tutuklama konusunda geniş bilgi için bkz. **Dursun**, Selman: “İade Amacıyla Geçici Tutuklama ve Diğer Koruma Tedbirleri”, *Dokuz Eylül Üniversitesi HFD, Prof. Dr. Durmuş Tezcan’a Armağan*, C. 21, Özel Sayı, 2019, s. 3282 vd.

¹⁰⁹ Bkz. **Erem**, Faruk: *Adliye Aleyhinde Cürümler*, s. 65; **Erem**, Faruk, “Fırar Cürmü”, *AD*, S. 9, 1955, s. 844; **Gözübüyük**, C. 3, s. 109; **Yıldız**, *Özel Ceza Hukuku*, s. 514; **Yıldız**, s. 162; **Hafızoğulları/Özen**, *Millete ve Devlete Karşı Suçlar*, s. 255-256.

¹¹⁰ Bkz. **Turhan**, Faruk: “Cezai Konularda Uluslararası Adli İş Birliği Kanununa Göre İadenin Kabul Edilebilirlik Koşulları: Doktrin Ve Uluslararası Gelişmeler Işığında Bir Değerlendirme”, *Süleyman Demirel Üniversitesi HFD*, C. 8, 2018/2, s. 8.

¹¹¹ **Erem**, *Adliye Aleyhinde Cürümler*, s. 65; **Erem**, *Fırar Cürmü*, s. 843; ayrıca bkz. **Kaymaz/Gökcan**, s. 95; **Kim**, s. 140.

¹¹² “Hükümlü veya tutuklunun kaçması suçuna ilişkin olarak, ...’a ait kimlik bilgilerini kullanması sonucu 30.10.2012 günü tutuklanan ancak gerçek kimliğinin ... olduğuna ilişkin yazdığı dilekçe sonucu 29.11.2012 günü tahliye edilerek başkasına ait kimlik veya kimlik bilgilerinin kullanılması suçundan hakkında soruşturma yapılmak üzere getirildiği polis merkezinden kaçan sanık hakkında tutuklama veya kesinleşmiş mahkumiyet kararı bulunmadığının anlaşılması karşısında TCK.nun 292/1. düzenlenen suçun yasal unsurlarının oluşmayacağı gözetilmeden sanığın beraati yerine yazılı şekilde hüküm kurulması, Yasaya aykırı,” Y8CD, 11.12.2017, E. 2017/20226 K. 2017/14073, www.lexpera.com.tr

¹¹³ Bkz. **Erem**, *Adliye Aleyhinde Cürümler*, s. 64; **Erem**, *Fırar Cürmü*, s. 843; **Öner**, s. 333-334.

¹¹⁴ “TCK.nun 292.maddesinde düzenlenen hükümlü veya tutuklunun kaçması suçunda failin CMK.nun 101. maddesi uyarınca hakkında tutuklama kararı verilmiş yada hakkında kesinleşmiş bir mahkumiyet hükmü bulunan bir kimse olması gerektiği sözkonusu suçların özgülü suç niteliğinde olup bu suçların yalnızca durum ve sıfatı anılan maddelerdeki tanıma uyan kişilerin işleyebileceği gözetilip bu ilkeler ışığında somut olay incelendiğinde; savunmasının tespiti amacıyla hakkında yakalama emri düzenlenen sanığın kendisini yakalayan kolluk görevlilerinin elinden kaçması şeklindeki eyleminde atılı suçun unsurları oluşmadığı”, Y8CD, 09.01.2018, E. 2017/21526, K. 2018/122, www.legalbank.net; **Aynı yönde bkz. Y4CD**, 26.9.2012, **E. 2012/2966**, K. 2012/18593, www.legalbank.net. “...olay tarihinde göçmen kaçakçılığı suçu nedeniyle yakalandıktan sonra işlemleri yapılırken karakoldan kaçtığı anlaşılan ve hakkında tutuklama kararı veya kesinleşmiş bir hüküm bulunmayan sanığın eyleminde hükümlü veya tutuklunun kaçması suçunun unsurları itibarıyla oluşmadığı gözetilmeksizin,

amacıyla çıkarılan yakalama kararı üzerine yakalandığında görevlilerin gözetimi altında olacağından bu halde iken kaçması halinde suç oluşacaktır. Bununla birlikte kesinleşmiş mahkumiyeti bulunan kişinin ceza infaz kurumuna kendisi teslim olduğu andan itibaren kaçması da suç teşkil edecektir. Suçüstü halinde CMK m. 90'a göre yapılan yakalamada da kişi hakkında herhangi bir tutuklama veya kesinleşmiş bir mahkumiyet kararı bulunmadığı için kaçma halinde suç meydana gelmez¹¹⁵. Keza gözaltındaki kişinin kaçması da 292. maddedeki suçu oluşturmaz¹¹⁶.¹¹⁷ Nitekim 292. maddenin ilk halinde gözaltındaki kişinin kaçması da suç olarak düzenlenmişti. Ancak mecliste verilen bir önerge ile 292. maddedeki kanuni tanımlamadan çıkarılmıştır. Gözaltındaki kişinin kaçmasının suç olmaktan çıkarılması ve gözaltı kararının da tutuklama veya hüküm sayılmaması nedeniyle kanunilik ilkesinin sonucu olarak gözaltından kaçma cezalandırılmayacaktır. Yine görevlilerin elinin altından dahi olsa zorla getirilmesine karar verilen kişinin kaçması da bu suçu oluşturmaz¹¹⁸. Özetle maddede sadece tutuklu ve hükümlü kavramlarının kullanılması nedeniyle bir kimse hakkında tutuklama kararına veya kesinleşmiş bir mahkumiyet hükmüne dayanmayan yakalama, gözaltı ve zorla getirme gibi hürriyeti sınırlayan durumlarda kaçma kanunilik ilkesi gereğince m. 292 kapsamında değerlendirilemeyecektir¹¹⁹.

Hakkında adli kontrol kararı verilen kişi tutuklu sayılmayacağı için yurt dışına çıkma yasağı, konutu terk etmemek gibi adli kontrol tedbirlerine uymayan şüpheli veya sanık bu suçun faili olamaz ve 292. maddeden cezalandırılmaz¹²⁰. Ama adli kontrol hükümlerini isteyerek yerine getirmeyen şüpheli veya sanık hakkında tutuklama kararı verildiğinde suçun faili olabilir.

Zührevi hastalıklardan birine müptela olduğu tahakkuk ederek hastalığı yaymasından şüphe edilen kişinin zorla sevk edildiği sırada veya bir hastanede tecrit edildiği sırada kaçması halinde 292. madde uygulanamaz¹²¹.

mahkumiyetine karar verilmesi, Yasaya aykırı,” Y8CD, 02.11.2017, E. 2017/6489, K. 2017/12253, www.legalbank.net.

¹¹⁵ **Erem**, Adliye Aleyhinde Cürümler, s. 65; **Erem**, Firar Cürmü, s. 843; **Gözübüyük**, C. 3, s. 109.

¹¹⁶ “Hakkında tutuklama ya da mahkumiyet kararı verilmeyen kişilerin TCK'nın 292. maddedeki suçun faili olamayacağı, sanığın işlediği iddia olunan suç nedeniyle sanığın göz altında bulunduğu sırada doktor raporunun alınması amacıyla sevkini yapıldığı Adli Tıp Kurumu birimi önünde ekip otosundan indirildiği sırada kaçması şeklinde gerçekleşen olayda yüklenen suçun yasal unsurlarının oluşmadığı gözetilmeden, beraati yerine yazılı gerekçeyle mahkumiyetine karar verilmesi, ...Kanuna aykırı,” Y20CD, 25.11.2019, E. 2017/5519, K. 2019/6469, kazanci.com; Aynı yönde bkz. Y8CD, 26.11.2018, E. 2018/1985, K. 2018/13229, www.kazanci.com; Y9CD, 30.04.2014, E. 2014/2203, K. 2014/5377, www.legalbank.net; Y2CD, 5.11.2014, E. 2013/34307, K. 2014/25879, www.lexpera.com.tr; Y23CD, 8.11.2016, E. 2015/16094, K. 2016/9429, www.kazanci.com. Fakat Yargıtay'ın tutuklu veya hükümlü olmayan, gözaltındaki kişinin kaçmasını da “gözetimi altında bulunduğu görevlilerin elinden kaçma” olarak değerlendirip hükümlü veya tutuklunun kaçması suçunun oluşacağını belirten kararı da bulunmaktadır: “Tutuklu veya hükümlü olmayan, savunmasının tespiti amacıyla hakkında yakalama kararı olan sanığın gözaltında iken kolluk görevlilerinin elinden kurtularak kaçması, şeklinde gerçekleşen eyleminin TCK'nın 292/1. maddesi kapsamında düzenlenen “gözetimi altında bulunduğu görevlilerin elinden kaçma” suçunu oluşturacağı gözetilmeden yazılı şekilde hüküm kurulması, Bozmayı gerektirmiştir”, Y16CD, 1.7.2016, E. 2015/7595, K. 2016/4578, kazanci.com

¹¹⁷ Doktrinde gözaltındaki kişinin kaçmasının suç oluşturmaması, masumiyet karinesi ve nemo tenetur ilkesi gereğince henüz hakim kararıyla tutuklu bir kimse olmaması görüşüyle açıklanmaktadır. **Gökcan/Artuç**, C. 6, s. 9437.

¹¹⁸ **Erem**, Adliye Aleyhinde Cürümler, s. 64; **Erem**, Firar Cürmü, s. 843.

¹¹⁹ Bkz. **Yıldız**, s. 162; **Gökçen/İçer**, s. 748.

¹²⁰ **Yıldız**, Özel Ceza Hukuku, s. 512, 516.

¹²¹ **Erem**, Adliye Aleyhinde Cürümler, s. 64; **Erem**, Firar Cürmü, s. 843; **Gözübüyük**, C. 3, s. 109.

CMK m. 74 gereğince gözlem altına alma, tıpkı tutuklama gibi, icabında şüpheli veya sanığın iradesine aykırı olarak, hakim veya mahkeme kararı ile belli bir süre özgürlüğün kısıtlanmasını gerektirir¹²² de teknik olarak bir tutuklama kararı veya hükümlülük olmadığı için gözlem altına alınan kişinin kaçması 292. maddedeki suçu oluşturmaz. Fakat hakkında tutuklama kararı bulunan kimse hakkında gözlem altına alma kararı verilmişse, gözlem altına almada kurum görevlilerinin gözetimi sözkonusu olduğundan tutuklunun kaçması suçu oluşabilecektir¹²³.

Hükümlü veya tutuklu sıfatlarını taşıması şartıyla ırkı, dini, vatandaşlığı, cinsiyeti veya engelli olup olmaması önemli değildir, herkes bu suçu işleyebilirler. Fakat kişinin tutuklu veya hükümlü olması bakımından yaşı konusunda bir ayırım yapmak gerekir. Çünkü mevzuatımız gereğince “*Onbeş yaşını doldurmamış çocuklar hakkında üst sınırı beş yılı aşmayan hapis cezasını gerektiren fiillerinden dolayı tutuklama kararı verilemez.*” (ÇKK m. 21). Dolayısıyla bu tutuklama yasağı kapsamındaki çocuklar suçun faili olamaz. Yine ceza ehliyeti bulunmayan 12 yaşından küçük çocuklar da suçun faili olamaz.

Burada şu hususu da belirtmek gerekir ki kanaatimizce suçun oluşabilmesi için failin, hakkındaki kesinleşmiş mahkumiyet hükmünün infazı için yakalanmış ve görevlilerin eli altında iken kaçmış olması aranmalıdır. Hakkında kesinleşmiş bir mahkumiyet hükmü bulunmayan başka bir suç nedeniyle yakalandığı, gözaltına alındığı ve görevlilerin eli altında bulunduğu esnada kaçması bu suçu oluşturmaz. Çünkü bir suçtan dolayı hükümlü olsa da bu suçtan dolayı yakalanmış ve görevlilerin gözetimine tabi tutulmuş değildir. Dolayısıyla bir kimsenin bu suçun faili olabilmesi için hakkındaki kesinleşmiş mahkumiyet hükmünün infazı amacıyla yakalandığı ve görevlilerin gözetiminde tutulduğu esnada kaçmış olması gerekir.

Tüzel kişilerin fail olamayacağını kabul ettiğimiz için tüzel kişiler tarafından bu suç işlenemez. Diğer taraftan ceza infaz kurumunda cezası infaz edilen kişinin ancak gerçek kişi olabilmesi, tutuklama kararının ancak gerçek kişi hakkında verilebilmesi nedeniyle zaten suçun faili tüzel kişiler olamaz¹²⁴.

2. Mağdur

Doktrinde bir görüşe göre bu suçun mağduru yoktur, devlet ise suçtan zarar görendir¹²⁵. Diğer bir görüşe göre ise bu suçun belirli bir mağduru yoktur, toplumu oluşturan herkes suçun mağdurudur. Aynı zamanda devletin yargı faaliyetlerini yapması çerçevesinde adli mercilere olan güvenin sarsılması nedeniyle devletin kendisi de mağdur olmaktadır¹²⁶. Bir diğer görüşe mağdur, tutuklu veya hükümlünün infazını sağlamakla görevli adli kurumdur¹²⁷. Görüşlerine katıldığımız diğer bir görüşe göre de suçun temel halinin mağduru olarak belirli gerçek kişi yoksa da toplumu oluşturan herkes, her bir birey suçun mağdurudur¹²⁸. Fakat nitelikli hallerden cebir, tehdit ve silah kullanılarak kaçılması halinde cebir, tehdit veya silah kullanılan kişi de suçun mağduru olarak

¹²² Şahin, Cumhuriyet/Göktürk, Neslihan: *Ceza Muhakemesi Hukuku II*, 12. Bası, Ankara 2022, s. 80.

¹²³ Bkz. Ünver, s. 616-617.

¹²⁴ Bkz. Ünver, s. 613.

¹²⁵ Meran, s. 835.

¹²⁶ Çolak, s. 1921.

¹²⁷ Hafızoğulları/Özen, Millete ve Devlete Karşı Suçlar, s. 255.

¹²⁸ Yıldız, Özel Ceza Hukuku, s. 512; Yıldız, s. 161; Gökçen/İçer, s. 751; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, Özel Hükümler, s. 1266; Gökcan/Artuç, C. 6, s. 9446.

ifade edildiği¹²⁹ gibi suçtan zarar gören olarak da ifade edilmektedir¹³⁰. Kamu malına zarar verilmesi durumunda devlet de mağdur olarak belirtilmektedir¹³¹.

3. Konu

Suçun konusunun ne olduğu da doktrinde tartışmalıdır. Bir görüşe göre hükümlü veya tutuklunun kaçması suçunun konusu bulunmamaktadır¹³². Diğer bir görüşe göre ise suçun konusunu tutuklu veya hükümlünün kendisi oluşturmaktadır¹³³. Bize göre de suçun konusu kaçma hareketinin yapıldığı yerlerdir, yani tutukevi, ceza infaz kurumları ve gözetim altında tutan görevlilerdir. Suçun aynı kaçma hareketinin farklı yerlerde gerçekleştirilebilecek bir suç olarak düzenlenmesi nedeniyle seçimlik konulu suç olmaktadır¹³⁴. Bu durumda hareketlerin farklı konular üzerinde gerçekleştirilmesi tek suç olarak değerlendirilmeyecek, ilgili suçun iki defa ihlal edilmesinden bahsedilecektir. Zincirleme suçun şartlarının gerçekleşmesi halinde zincirleme suç hükümleri uygulanabilecektir¹³⁵. Örneğin tutukluyken tutukevinden kaçan tutuklu, mahkum olduktan sonra ceza infaz kurumundan da kaçarsa iki defa hükümlü veya tutuklunun kaçması suçundan cezalandırılacaktır. Eğer kaçıma baştan karar vermişse zincirleme suç oluşabilecektir.

Tutukevi, İnfaz Kanunu'nun "tutuklama kararının yerine getirildiği kurumlar" başlıklı 111. maddesi dikkate alındığında "iç ve dış güvenlik görevlisi bulunan, firara karşı teknik, mekanik, elektronik veya fizikî engelleri olan, 34 üncü maddede sayılan hâller dışında oda ve koridor kapıları sürekli olarak kapalı tutulan ve yasal zorunluluklar ayrık, dışarıyla irtibat ve haberleşme olanağı bulunmayan normal güvenlik esasına dayalı" kurumlardır. Ancak ayrı tutukevi bulunmadığı takdirde ceza infaz kurumlarındaki tutuklular için ayrılan bölüm tutukevi olmaktadır. Kısaca tutukevi, tutukluların barındırılması için ayrı bir binasının bulunması halinde bu ad altındaki kurumu ve ayrı binanın olmaması halinde ise ceza infaz kurumlarındaki tutuklular için ayrılan bölümü ifade etmektedir. Dolayısıyla hakkındaki tutuklama kararı bu kurumlarda yerine getirilirken fail kaçtığı takdirde maddede aranan tutukevinden kaçma unsuru gerçekleşmiş olacaktır.

Ceza infaz kurumlarının neler olduğu ise CGTİHK'nun ikinci bölümünde "ceza İnfaz Kurumlarının Türleri" başlığı altında 8-15. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Kanunda ayrıntılı bir şekilde düzenlenen bu kurumlar, CGTİHK yönetmeliğinin tanımlar başlıklı 3. maddesinde de sayılmıştır: Buna göre kapalı, yüksek güvenlikli kapalı, kadın kapalı, çocuk kapalı, gençlik kapalı, açık ceza infaz kurumları ile gözlem ve sınıflandırma merkezleri ve çocuk eğitimevleri ceza infaz kurumlarıdır. Dolayısıyla tipikliğin gerçekleşebilmesi için hükümlünün bu ceza infaz kurumlarından kaçması gerekmektedir. Bu kurumlar dışında örneğin hakkında güvenlik tedbiri

¹²⁹ **Gökçen/İçer**, s. 751; **Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır**, Özel Hükümler, s. 1266. Keza doktrinde cebir nitelikli hali açıklanırken cebirin uygulandığı kişiden mağdur olarak bahsedilmektedir, **Yıldız**, s. 166.

¹³⁰ **Yıldız**, Özel Ceza Hukuku, s. 512.

¹³¹ **Çolak**, s. 1921.

¹³² **Toroslu/Toroslu**, Genel Kısım, s. 112; **Baş**, Eylem: *Ceza Hukukunda Fail ve Mağdur*, Ankara 2021, s. 696; **Uğraş**, s. 32.

¹³³ **Gökcan/Artuç**, C. 6, s. 9439; **Yıldız**, Özel Ceza Hukuku, s. 513.

¹³⁴ Doktrinde de kaçılan yerler, seçimlik hareketin yapıldığı yerler olarak ifade edilmiştir. **Hafizoğulları/Özen**, Millete ve Devlete Karşı Suçlar, s. 255.

¹³⁵ **Akbulut**, Genel Hükümler, s. 426-427.

hükmedilen akıl hastalarının koruma ve tedavi altına alındığı yüksek güvenlikli sağlık kurumlarından kaçması halinde suç oluşmayacaktır.

Hastanelerde tedavi gören hükümlü ve tutukluların kaldıkları yerler/koşullar¹³⁶ tutukevi değildir ve ceza infaz kurumları arasında da sayılmamaktadır. Bununla birlikte Ceza İnfaz Kurumlarının Yönetim, Dış Koruma, Hükümlü ve Tutukluların Sevk ve Nakilleri İle Sağlık Hizmetlerinin Yürütülmesi Hakkında Protokol'ün 35. maddesindeki “*Hükümlü koşulları ve servisleri, ceza infaz kurumlarının bir bölümü olarak kabul edilir ve infaz mevzuatı bu bölümlerde de uygulanır.*” düzenlemesi gereği hükümlü koşulları da ceza infaz kurumu olmaktadır. Dolayısıyla hastanelerdeki hükümlü/tutuklu koşullarından kaçan hükümlüler de bu suçun faili olacaktır. Diğer taraftan protokolün 32. maddesinde belirtildiği üzere hastanedeki hükümlü koşullarında da jandarma ve ceza infaz kurumu personeli gözetimi sözkonusu olduğu için ceza infaz kurumundan değil görevlilerin elinde kaçma gerçekleşmiş olacak ve yine 292. maddeden sorumluluk doğacaktır¹³⁷.

Suçun oluşması için kaçma hareketi sonucu konunun herhangi bir zarara uğramasına gerek yoktur¹³⁸. Bu itibarla soyut tehlike suç olarak ifade edilebilir¹³⁹.

4. Fiil

Maddede suçun fiil unsuru tutukeviden, ceza infaz kurumundan veya gözetimi altında bulunduğu görevlilerin elinden “kaçma” olarak belirtilmiştir. “Kaçma” fiili doktrinde, “tutuklu veya hükümlünün, içinde bulunduğu tutukevi ya da cezaevinden ya da gözetimi altında olduğu bir görevlinin elinden kurtulması, ayrılması, fiilen denetim altında tutulduğu yeri terk ederek belirtilen kurum ya da görevlilerin, özgürlüğü üzerindeki egemenliğini bütünüyle ortadan kaldırması” şeklinde tarif edilmektedir¹⁴⁰. Keza doktrinde ceza infaz kurumunun alanı dışına çıkmak veya gözetimi altında bulunduğu kimsenin egemenlik alanından çıkmak olarak da tanımlanmaktadır¹⁴¹. Yargıtay’a göre de kaçma “...bulunduğu kurumun sınırlarını terk etmek ya da gözetimi altında bulunduğu görevlinin fiili egemenlik alanından kurtulmak anlamına gelmekte(dir)”¹⁴². Dolayısıyla fail kısmında da belirtildiği gibi kesinleşmiş mahkumiyet hükmü faile tebliğ edilmiş olsa bile henüz görevlilere teslim olunmadan ya da görevlilerce yakalanmadan kaçma suç

¹³⁶ Ceza İnfaz Kurumlarının Yönetim, Dış Koruma, Hükümlü ve Tutukluların Sevk ve Nakilleri İle Sağlık Hizmetlerinin Yürütülmesi Hakkında Protokol’ü Hükümlü koşulu ve servisi başlıklı m. 32/1: “Hükümlü koşulu ve servisi; hastane bünyesinde doğrudan güneş alan diğer hasta odaları ile aynı şartları taşıyan, erkek, kadın ve gerekli durumlarda çocuk olmak üzere en az birer odadan oluşan, firara karşı engellerin bulunduğu, dış güvenliğinin jandarma, iç güvenliğinin ise ceza infaz kurumu personeli tarafından sağlandığı, hükümlü ve tutuklulara yatarak tedavi ve rehabilitasyon hizmetleri verilmek üzere ayrılan bölümlerdir. Bu koşul ve servislerden tutuklular da yararlanır.”

¹³⁷ “Mahkum sanığın hastalığı dolayısı ile jandarma nezareti altında tedavide bulunduğu hastaneden muvakkat zaman için dahi olsa ayrılıp köyüne gitmesi firar mahiyetinde bir suç olduğunun düşünülmemesi yolsuzdur”, Şanal/Aydınöz, s. 343. Nitekim Yargıtay, tedavi maksadıyla hastaneye nakilden sonra hastaneden firarın da cezaevinden firar sayılacağına karar vermiştir. Y1CD, 15.4.1945, E. 345, K. 707, Erem, Firar Cürmü, s. 848.

¹³⁸ Bkz. Ünver, s. 625; Yıldız, s. 165.

¹³⁹ Ünver, s. 625.

¹⁴⁰ Gökçen/İçer, s. 734.

¹⁴¹ Bkz. Ünver, s. 614; Gökcan/Artuç, C. 6, s. 9441; Yıldız, Özel Ceza Hukuku, s. 516-517.

¹⁴² YCGK, 18.4.2017, E. 2014/9-352, K. 2017/243, www.kazanci.com; Aynı yönde bkz. YCGK, 18.2.2020, E. 2017/1021, K. 2020/112, www.legalbank.net; YCGK, 14.10.2014, 203-420, İlhan, Abdülkadir/Erel, Kemalettin vd.: *Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararları (2005-2015)*, Ankara 2015, s. 1397.

oluşturmamaktadır¹⁴³. Yani hakkındaki kesinleşmiş mahkumiyet hükmünün sadece infazından kaçılması suç olarak düzenlenmemiştir¹⁴⁴. Diğer bir ifade ile maddede hakkında kesinleşmiş hüküm bulunan veya gıyabi tutuklama kararı (kaçaklar için) bulunan kişiye, hüküm veya tutuklama kararından haberdar bulunmasına rağmen teslim olma yükümlülüğü getirilmemiştir, sadece tutukevi veya ceza infaz kurumunda iken ya da gözetim altında iken kaçmama yükümlülük olarak yüklenmiş ve cezalandırılmıştır¹⁴⁵.

Suç, bir “kaçma” hareketiyle gerçekleşeceği için tek hareketli bir suçtur¹⁴⁶. Tek hareketli suçlar aynı zamanda bağlı hareketli suç olduğu için¹⁴⁷, bu suç da bağlı hareketli suç olmaktadır. Çünkü suç, ancak kurumdan ya da gözetim altında iken kaçmakla gerçekleşebilecektir, başkaca bir hareket, tipik hareket olmayacaktır. Keza kanuni tanımda kaçma hareketinden başka ayrıca bir netice de gösterilmediği¹⁴⁸ için suç, sırf hareket suçudur¹⁴⁹.

Maddede “kaçma” hareketinin nasıl gerçekleştirileceğine ilişkin bir belirleme yapılmamıştır. Bu nedenle doktrinde hareketin kanuni tanımdaki düzenleniş şekli açısından serbest hareketli bir suç tipi olduğu ifade edilmektedir¹⁵⁰. Fakat kaçmanın herhangi bir şekilde yapılabilmesi bu suçu serbest hareketli bir suç haline getirmemektedir. Çünkü bir suçun serbest hareketli suç olarak vasıflandırılabilmesi için kanuni tanımda hareketle ilgili bir özelleştirmenin yapılmamış olması gerekmektedir¹⁵¹. Bu açıklamalar ve yukarıdaki tek hareketli, bağlı hareketli suç belirlemeleri dikkate alındığında “kaçma” şeklinde hangi hareketin bu suçu oluşturacağı gösterildiği için serbest hareketli bir suç belirlenmesi, kaçma hareketinin kendi içerisinde herhangi bir şekilde gerçekleşebilecek olması şeklinde anlaşılmalıdır. Dolayısıyla “kaçma” hareketinin hangi şekilde gerçekleştirildiğinin bir önemi yoktur, herhangi bir şekilde vasıtalı ya da vasıtasız yapılması ile suç tipinin hareket unsuru gerçekleşmiş olur¹⁵². Kaçma fiili, genellikle gizli yapılsa da görevlilerin gözü önünde, açıkça da yapılabilir. Kurumdan kaçma, tünel kazmak suretiyle, duvardan atlamak suretiyle, kılık kıyafet değiştirerek, bir başkasının kendi yerine ceza infaz kurumuna girmesi gibi birçok şekilde gerçekleştirilebilir. Gözetimi altında bulunduğu görevlilerin elinden kaçması da örneğin görevlilerin bir anlık dalgınlıklarından yararlanarak koşarak kaçması, arabadan kendini atarak kaçması, tuvalete gittiğinde kaçması veya telefon etme bahanesiyle

¹⁴³ **Gerçekler**, Hasan: *Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, C. 2, (Madde 141-345)*, 5. Baskı, Ankara 2020, s. 2587; **Gökcan/Artuç**, C. 6, s. 9440; **Hafizoğulları/Özen**, Millete ve Devlete Karşı Suçlar, s. 256; **Yıldız**, Özel Ceza Hukuku, s. 516; **Yıldız**, s. 163.

¹⁴⁴ **Özütürk**, s. 132.

¹⁴⁵ Bkz. **Hakeri**, Genel Hükümler, s. 167.

¹⁴⁶ **Kunter**, Nurullah: *Suçun Maddi Unsurlar Nazariyesi*, İstanbul 1954, s. 15; **Dönmezer**, Sulhi/**Erman**, Sahir: *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım, C. I*, 11. Baskı, İstanbul 1994, s. 373, kn. 507; **Tozman**, Önder: “Suçun Tamamlanması ve Sona Ermesi Kavramları”, *Erciyes Üniversitesi HFD, C. 3, S. 1*, 2008, s. 124; **Gökçen/İçer**, s. 734; **Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır**, Özel Hükümler, s. 1251.

¹⁴⁷ **Zafer**, Genel Hükümler, s. 201.

¹⁴⁸ Doktrinde kaçma, hürriyeti üzerindeki gözetimi tamamen kaldırma olarak netice başlığında incelenmiştir. **Çolak**, s. 1928.

¹⁴⁹ **Keyman**, Selâhattin: “Cürmi Fiilin Yapısal Unsuru Olarak Hareket”, *Ankara Üniversitesi HFD, C. 40, S. 1*, 1988, s. 122; **Gökçen/İçer**, s. 733; **Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır**, Özel Hükümler, s. 1251; **Zafer**, Genel Hükümler, s. 207; **Yıldız**, Özel Ceza Hukuku, s. 517.

¹⁵⁰ Bkz. **Ünver**, s. 598; **Parlar/Hatipoğlu**, C. 4, s. 4405; **Parlar/Özütürk**, s. 513; **Gökçen/İçer**, s. 735; **Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır**, Özel Hükümler, s. 1252; **Gökcan/Artuç**, C. 6, s. 9441; **Çolak**, s. 1925.

¹⁵¹ **Özgenç**, Genel Hükümler, s. 184; **Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır**, Genel Hükümler, s. 267-268; **Hakeri**, Genel Hükümler, s. 164; **Koca/Üzülmez**, Genel Hükümler, s. 123; **Akbulut**, Genel Hükümler, s. 302.

¹⁵² Bkz. **Ünver**, s. 614-615; **Gökcan/Artuç**, C. 6, s. 9441.

araçtan inip görevlilerin elinden kaçma gibi herhangi bir biçimde olabilir¹⁵³. Fakat m. 292’de kaçmanın cebir veya tehditle ya da silahlı olarak veya birden çok tutuklu veya hükümlü tarafından birlikte işlenmesi nitelikli hal olarak düzenlenmiştir ki bu nitelikli haller aşağıda incelenmektedir. Nitelikli hal düzenlemeleri dışındaki diğer işlenme şekilleri suçun temel halini oluşturacaktır.

Hükümlü veya tutuklunun kaçması suçu doktrinde bazı yazarlara göre kesintisiz suç değil, ani suçtur¹⁵⁴. Bazı yazarlara göre ise kişinin gözetim altından kurtulmasıyla birlikte suç tamamlanır ve kaçaklık durumu devam ettiği sürece kaçma fiilinin icrası da devam ettiği için suç kesintisiz bir suçtur¹⁵⁵. Suç, hükümlü veya tutuklunun ele geçirildiği veya teslim olduğu gün, yani kaçmanın kesintiye uğradığı gün işlenmiş sayılır¹⁵⁶. Ancak bu görüşteki bazı yazarlarca suçun zorunlu kesintisiz suç olmadığı, fakat somut durumda kesintisiz suç biçiminde işlenebileceği ifade edilmektedir¹⁵⁷. Kanaatimizce kanuni tanımda suç oluşturan hareket “kaçma” olarak gösterildiği için ya kaçtığı anda suç tamamlanmış olacak ya da kaçma devam ettiği sürece işlenmeye devam edeceği için kesintisiz suç olacaktır. Dolayısıyla bu suç ya zorunlu kesintisiz suç olarak kabul edilebilir ya da ani suç olarak kabul edilebilir, muhtemel kesintisiz suç kabulü mümkün gözükmemektedir.

Belli bir zaman alan tünel kazma gibi kaçmak için girişilen hareketler kaçma suçunu kesintisiz suç yapmaz. Bir suçun kesintisiz olduğundan bahsedilebilmesi için kanuni tanımda gösterilen hareketin icrasının devam etmesi gerekir. Suçun kanuni tanımında gösterilen hareket ise kaçma hareketidir. Tünel kazma ise kaçmak için yapılan bir harekettir, asıl olarak kaçmanın sürekliliği kabul edildiğinde suç kesintisiz suç olur.

Bize göre hükümlünün cezanın infazına katlanma yükümlülüğünün bulunması, tutuklunun da tutuklama koruma tedbirine katlanma yükümlülüğünün bulunması nedeniyle kaçarak bu yükümlülük ihlal edilmeye devam edildiği için kesintisiz bir suçtur. Kaçtığı zaman tamamlanır, yakalanıncaya ya da teslim oluncaya kadar suç işlenmeye devam eder. Dolayısıyla suçun işlendiği yer, yetkili mahkeme, zamanaşımı gibi konularda kesintisiz suç özelliğine göre belirleme yapılacaktır.

TCK m. 292’de suçun hareketi “kaçmak” olarak öngörüldüğünden, bu suç ancak icrai hareketle işlenebilen bir suçtur¹⁵⁸, ihmali hareketle işlenemez¹⁵⁹.

Maddede “kaçan tutuklu veya hükümlü” denilmesine rağmen failin kendisinin kaçması ile rızasıyla başkası/başkaları tarafından kaçırılması arasında fark yoktur. Ancak kaçırılmanın onun rızasıyla (iradesiyle) gerçekleştirilmiş olmasına dikkat edilmelidir. Dolayısıyla tutuklu veya

¹⁵³ Ayrıca bkz. **Gökçen/İçer**, s. 735; **Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır**, Özel Hükümler, s. 1252. Yıllara göre firar şekillerine ve firar toplamına ilişkin istatistikî bilgi için bkz. **Demirbaş**, İnfaz Hukuku, s. 372-373.

¹⁵⁴ **Erem**, Firar Cürmü, s. 845; **Erem**, C. 2, s. 1577; **Hafizoğulları/Özen**, Millete ve Devlete Karşı Suçlar, s. 257; **Kaymaz/Gökçen**, s. 98; **Aksoy İpekçioğlu**, Pervin: *Türk Ceza Hukukunda Suça Teşebbüs*, Ankara 2009, s. 34; **Uğraş**, s. 26 vd.

¹⁵⁵ **Gökçen/İçer**, s. 738; **Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır**, Özel Hükümler, s. 1255; **Yıldız**, Özel Ceza Hukuku, s. 518; **Yıldız**, s. 171; **Çolak**, s. 1925.

¹⁵⁶ Bkz. **Ünver**, s. 627.

¹⁵⁷ **Ünver**, s. 627.

¹⁵⁸ **Özgenç**, İzinden Dönmeme, s. 1; **Özgenç**, Sınav Soru ve Cevapları, s. 26; **Gökçen/İçer**, s. 734; **Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır**, Özel Hükümler, s. 1251; **Hafizoğulları/Özen**, Millete ve Devlete Karşı Suçlar, s. 256; **Yıldız**, Özel Ceza Hukuku, s. 518; **Çolak**, s. 1925.

¹⁵⁹ **Özgenç**, İzinden Dönmeme, s. 2; **Özgenç**, Sınav Soru ve Cevapları, s. 58; **Yıldız**, Özel Ceza Hukuku, s. 518.

hükümlünün üçüncü bir şahıs tarafından zorla kaçırılması durumunda tutuklu veya hükümlünün kaçmasından söz edilemez. Yine ifade edilmelidir ki, kaçırılma olayına tutuklu veya hükümlünün herhangi bir katkıda bulunmaması gerekir. Bununla birlikte örneğin, tutuklu veya hükümlüyü gözetiminde tutan görevli onu unuttur ve uzaklaşırsa veya tutuklu veya hükümlüyü bilerek bırakıp giderse tutuklu veya hükümlünün kaçması söz konusu olmaz¹⁶⁰. Fakat unutilan kişinin unutulduğu yerden infaz kurumuna dönmek (veya savcılık/kolluk gibi kuruma gönderimi sağlayacak bir makama gitmek) yerine bulduğu fırsat nedeniyle unutulduğu yerden başkaca yerlere gittiği takdirde suçun oluşabileceği de gözönünde bulundurulmalıdır.

Görevliler tarafından hükümlü veya tutuklunun kaçması hakkında tutanak tutulması, suçun gerçekleşmesi açısından önemsizdir. Ancak kaçışın belgelenmesi, suçun daha sonra kanıtlanması ve suçun tam işleme zamanının belirlenmesi açısından önemlidir¹⁶¹.

Madde metninde kurumlardan veya gözetimi altındaki görevlilerin eli altından kaçılmasından bahsedildiği, kaçmanın süresine ilişkin bir belirleme yapılmadığı için kaçma kısa süreli (bir gün) de olsa suç oluşacaktır¹⁶². Keza kaçtıktan sonra kendiliğinden dönmüş olması da suçun oluşumunu engellemeyecektir. Kaçma süresi ve failin kendiliğinden dönmesi sadece m. 293'deki etkin pişmanlık kurumunun uygulanması açısından gözönünde bulundurulacaktır¹⁶³.

Hükümlü veya tutuklunun gözetimi altında bulunduğu görevlilerin elinden kaçma hareketinden ne anlaşılması gerektiği üzerinde de durulmasında fayda vardır. Gözetimi altında bulunduğu görevlilerden maksat, hükümlü veya tutuklunun muhafazası veya nakli ile görevlendirilmiş olanlardır¹⁶⁴. Hükümlü veya tutukluların kaçmasını önlemekle görevlileri olanların egemenliği altında, muhafazasında iken, görevlilerin egemenlik alanından çıkmak, onların denetim ve kontrolünden çıkmaktır¹⁶⁵, hürriyetine kavuşmaktır. Hükümlü veya tutuklunun görevlilerin fiziki denetimi altında olması şart değildir, fiili gözetim altında olması yeterlidir¹⁶⁶. Bu çerçevede failin karakolda, adliyede, denetimli serbestlik büroları gibi kamu kurumlarında veya nakil gibi herhangi bir işlemi yaptırmak için bulunduğu esnada henüz görevlilerin gözetimi

¹⁶⁰ Yıldız, Özel Ceza Hukuku, s. 517; Yıldız, s. 164.

¹⁶¹ Yıldız, s. 165. "Suçun hareket ögesini oluşturan kaçma, bulunduğu kurumun sınırlarını terk etmek ya da gözetimi altında bulunduğu görevlinin fiili egemenlik alanından kurtulmak anlamına gelmekte olup bu durum **görevlilerce tutulan tutanak ve resmî kurum yazıları ile ispat edilebilecektir.**", Y16CD, 15.6.2016, E. 2016/1628 K. 2016/4105, www.lexpera.com.tr

¹⁶² Yıldız, Özel Ceza Hukuku, s. 517. "...açık ceza infaz kurumlarının zayıf güvenlik sistemleri nedeniyle kurum sınırlarının rahatlıkla terk edilebilecek olması hususları birlikte dikkate alındığında, infazın amacına uygun olarak kanun, tüzük ve yönetmeliklerin belirttiği hükümlere uyma zorunluluğu bulunan, hak ve sorumlulukları gibi konular ile kurumdaki yaşam biçimine uyum sağlaması için gereken bilgiler kendisine tebliğ edilmiş olan, 29.04.2008 tarihinden itibaren cezasını infaz etmekte olan ve 30.09.2010 gününden itibaren de Tokat Açık Ceza İnfaz Kurumunda bulunan hükümlü konumundaki sanığın ziyaret görüşü yapılan suç tarihinde saati belirlenemeyen bir zaman diliminde infaz kurumunun sınırları dışına çıkarak kurumu terk ettiği, saat 18.30 da yapılan sayımda kurumda bulunmadığı tespit edildikten sonra ilerleyen saatlerde kendiliğinden dönerek saat 20.30'daki sayıma katıldığı, dolayısıyla, hükümlünün kaçması suçunun sabit olduğu kabul edilmelidir (YCGK, 14.10.2014, E. 2014/9-203, K. 2014/420), www.legalbank.net; "Mahkum sanığın hastalığı dolayısı ile jandarma nezareti altında tedavide bulunduğu hastahanedeki muvakkat zaman için dahi olsa ayrılıp köyüne gitmesi firar mahiyetinde bir suç olduğunun düşünülmemesi yolsuzdur.", Y1CD, 15.4.1949, 345/707, Şanal/Aydınoğlu, s. 343.

¹⁶³ Bkz. Meran, s. 835; Parlar/Hatipoğlu, C. 4, s. 4405; Parlar/Öztürk, s. 513

¹⁶⁴ Gökçen/İçer, s. 735-736; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, Özel Hükümler, s. 1253.

¹⁶⁵ Ünver, s. 615.

¹⁶⁶ Gökçen/İçer, s. 736; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, Özel Hükümler, s. 1253.

altına girmeden, örneğin hakkında yakalama kararı veya kesinleşmiş mahkumiyet kararı bulunduğunu öğrenmesi sonucu kaçması halinde suç oluşmayacaktır¹⁶⁷.

Hükümlü veya tutuklu sıfatı bulunan kişilerin ceza infaz kurumu veya tutukevi dışında iken kaçması, ancak gözetimi altında bulunduğu görevlilerin elinden kaçması halinde cezalandırılacaktır. Görevlilerin elinden kaçmanın cezalandırılması hükümlü veya tutuklunun kaçması suçunun uygulama alanını genişletmiştir. Fakat bu düzenlemeyle ceza infaz kurumuna, tutukevine götürülme veya başka bir ceza infaz kurumuna, tutukevine nakledilme gibi kurum dışındayken kaçma fiillerinin cezalandırılıp cezalandırılmayacağı konusu açığa kavuşturulmuş ve belirlilik ilkesine uygun hareket edilmiştir¹⁶⁸. Böylece örneğin hükümlünün veya tutuklunun başka bir ceza infaz kurumuna ya da tutukevine nakli, hastaneye sevki ya da duruşmaya getirilmesi gibi nedenlerle ceza infaz kurumu ve tutukevi dışında fakat görevlilerin gözetiminde iken kaçması durumunda suç gerçekleşecektir¹⁶⁹. Hatta ceza infaz kurumundan ya da tutukevinden kaçtıktan sonra yakalayan görevlilerin elinden kaçılması durumunda failin hükümlü veya tutuklu sıfatlarını taşıması ve görevlilerin gözetiminde olunması nedeniyle ikinci defa kaçma suçu işlenmiş olacaktır¹⁷⁰.

B. Tipikliğin Manevi Unsurları

Suçun manevi unsuru kasttır. Doktrinde bir görüş, suçun ancak doğrudan kastla işlenebileceğini, failin kaçma amacının, saikin de bir önemi bulunmadığını ifade etmektedir¹⁷¹. Bu görüşe göre tipik hareket bir kurumdan ya da görevlilerin elinden bilerek ve isteyerek kaçmak olduğu için olası kastla işlenemez. Olası kastla işlenememesinin nedeni tipiklikte manevi unsur açısından özel bir kastın aranması değildir, suça ilişkin kast ve hareketin niteliği bunu gerektirmektedir¹⁷². Diğer bir görüş de suçun işlenmesi için amaç veya saikin aranmadığını, genel

¹⁶⁷ “Sanığın suç tarihinde hükümlü olduğu cezasının kalan kısmının denetimli serbestlik tedbiri uygulanması suretiyle infazına karar verilmesi dolayısıyla Şanlıurfa Cumhuriyet Başsavcılığı Denetimli Serbestlik Müdürlüğüne başvurması, kaydı yapılarak nakil dosyası açıldığı esnada Şanlıurfa İlamat ve İnfaz Bürosunun (...) esas sayılı dosyasından yakalama kararı olduğunun tespit edilmesi ve yakalama işlemlerinin gizli bir şekilde yürütülerek 155 polis noktasına haber verilmek üzereyken sanığın Denetimli Serbestlik Müdürlüğünden kaçması şeklinde gerçekleşen olayda, sanığın henüz yakalanıp gözetim altında bulunmadığı nazara alındığında unsurları itibarıyla oluşmayan suçtan beraati yerine yazılı şekilde mahkumiyetine karar verilmesi, Kanuna aykırı,” Y16CD, 6.12.2016, E. 2016/5736, K. 2016/6446, www.kazanci.com

¹⁶⁸ 765 sayılı TCK'daki “maddenin eski şekli ancak hapisane ve tevkifhaneden firar hallerini suç adanmış ve tabiatile mahkûmun çalışma yerinde ve mevkufun duruşmaya gidip gelirken yolda kaçma hallerini hariç bırakmıştı. 11/6/936 gün ve 3038 sayılı kanun ile tadilden sonra ancak 298 ve 299 uncu maddeler bu günkü şekillerini almışlardır.”, **Öner**, s. 828. Mahpusun firarı suçunu düzenleyen m. 299'daki “kanun dairesinde hapsedildikten sonra” ifadesi nedeniyle, doktrinde kişinin cezaevinden diğerine nakil esnasında kaçması da bu kavram kapsamında değerlendirilerek mahpusun kaçması suçunu oluşacağı ifade edilmekteydi. **Erem**, *Firar Cürmü*, s. 848; “... Bir cezaevinden diğer cezaevine veya adliyeğe giderken vaki firarda, hapis sırasında vaki olmakla TCK 299 madde uygulanır...” **Yener**, Orhan: *Tatbikatta Ağır Ceza Davaları*, Ankara 1994, s. 93.

¹⁶⁹ Bkz. **Ünver**, s. 616-617; **Gökcan/Artuç**, C. 6, s. 9440; **Yıldız**, s. 163. “Açık Ceza İnfaz Kurumundan başka bir suçtan hükümlü bulunan ...'in, 20.08.2013 tarihinde tedavi amaçlı götürüldüğü ... Devlet Hastanesinden ... Araştırma Hastanesine sevki sırasında kaçtığı,... TCK'nın 292/1 ve 62. maddeleri uyarınca 5 ay hapis cezasıyla cezalandırılmasına...” Y16CD, 9.11.2015, E. 2015/1200, K. 2015/3778, kazanci.com

¹⁷⁰ Ancak Yargıtay eski tarihli bir kararında aksi yönde görüş belirtmiştir: “Cezaevinden kaçtıktan sonra yakalanan sanığın tenden kaçması 298 nci maddeye uyan bir suç olmadığı halde, bundan da ceza verilmesi yolsuzdur”, Y4CD, 5.10.1946, 10768/10470, **Özütürk**, s. 132.

¹⁷¹ Bkz. **Ünver**, s. 619; **Parlar/Hatipoğlu**, C. 4, s. 4405; **Parlar/Özütürk**, s. 513; **Meran**, s. 840; **Uğraş**, s. 33.

¹⁷² **Ünver**, s. 619.

kastın yeterli olduğunu belirtmektedir¹⁷³. Bir diğer görüşe göre de suç olası kastla da işlenebilecektir¹⁷⁴.

Kanaatimizce suçun olası kastla işlenmesini madde metninde engelleyen bir ifade yoktur. Dolayısıyla düzenleme itibariyle suçun olası kastla gerçekleşmesi mümkündür. Bununla birlikte suçun özelliği nedeniyle hükümlü veya tutuklu olduğunu, ceza infaz kurumu veya tutukevinde ya da görevlilerin gözetimi altında olduğunu bilen kişinin buna rağmen kaçması ancak doğrudan kastla gerçekleşebilir gözükmemektedir.

Suçun manevi unsurunun oluşması açısından kişinin firar ettiğini bilerek hareket etmesi yeterlidir, dönmek niyetiyle de olsa firar etmesi halinde suç oluşacaktır¹⁷⁵. Fakat kendiliğinden teslim olması nedeniyle etkin pişmanlık hükümleri¹⁷⁶ dikkate alınabilecektir.

Suçun taksirle işlenmesi cezalandırılmaz. Örneğin ceza infaz kurumundaki bir hükümlünün vücut dokunulmazlığına yönelik saldırısından kurtulmak için saklandığı erzak arabasının hareket etmesi ve kurum sınırları dışına çıktıktan sonra molada fark edilmesi durumunda kaçma kastı olmamasına rağmen taksirle kurum dışına çıkmış olması cezalandırılmaz.

C. Hukuka Aykırılık Unsuru

Hükümlü veya tutuklunun kaçması suçu kapsamında özel bir hukuka uygunluk nedeninden söz edilemez¹⁷⁷. Hukuka uygunluk nedenleri olan görevin ifası, meşru savunmanın ve ilgilinin rızasının bu suçta gerçekleşmesi mümkün gözükmemektedir. Nitekim Yargıtay da bir kararında ağabeyinin bir kişiyi öldürmesi nedeniyle tehdit altında olduğunu beyan ettiği ailesini korumak için firar ettiği yönündeki savunmasının TCK 25. maddesi kapsamında değerlendirilemeyeceğine hükmetmiştir¹⁷⁸. Hükümlü ve tutuklu için kaçma bir hak olarak kabul edilirse, kaçma hakkın ifası hukuka uygunluk sebebi olacaktır. Fakat diğer taraftan hak olarak görülen bir durumda devlet kişilerin hakkını kullanmasını engelleyen bir konumda olacaktır. Bu ise hukuk devletinde kabul edilemez. Dolayısıyla hükümlü ve tutuklu için kaçmayı hak olarak kabul etmek doğru gözükmemektedir.

Ancak tahliye zamanı gelmiş bir hükümlünün ceza infaz kurumunda tutulmaya devam edilmesi, tahliyesine karar verilen tutuklunun serbest bırakılmaması gibi hukuken geçerli bir tutuklama kararı bulunmamasına veya ceza infaz kurumunda kalmasını gerektiren bir durum olmamasına rağmen, kurumda tutulmaya devam eden kişinin kaçması suç oluşturmaz. Çünkü bu suç ancak hukuk kurallarına uygun tutuklu veya hükümlü olan kişiler tarafından işlenebilir. Dolayısıyla hukuken geçerli bir tutukluluk veya hükümlülük hali bulunmayan kişinin kaçması durumunda 292. maddenin tipikliği gerçekleşmemektedir. Bu nedenle tipe uygun bir davranış bulunmadığından, bu davranışı hukuka uygun hale getirdiğinden bahsedilmemelidir. Haksız tutulmadan kurtulmak için kaçmak suç olarak tanımlanmadığı için 292. maddedeki suçun hakkın kullanılması anlamında hukuka uygunluk nedeni nitelendirmesine gerek bulunmamaktadır. Keza

¹⁷³ Gökcan/Artuç, C. 6, s. 9442; Kaymaz/Gökcan, s. 97.

¹⁷⁴ Yıldız, Özel Ceza Hukuku, s. 523.

¹⁷⁵ Erem, Firar Cürmü, s. 848; Erem, C. 2, s. 1581.

¹⁷⁶ Çalışmanın X. Etkin Pişmanlık kısmına bkz.

¹⁷⁷ Yıldız, Özel Ceza Hukuku, s. 523; Yıldız, s. 170.

¹⁷⁸ Y16CD, 21.11.2016, E. 2016/5353, K. 2016/6165, www.lexpera.com.tr

hukuka aykırı tutulan hükümlü veya tutuklunun kaçarken cebir veya tehdit kullanmasını gerektiren bir durumda da nitelikli hal gerçekleşmez ve de cebir ve tehdit de hukuka uygun kabul edilmelidir. Kişi hürriyetine yönelik haksız bir saldırıdan kurtulmak için yaptığından meşru savunmadan bahsedilmelidir.

D. Nitelikli Haller

İnceleme konusu suçta daha az cezayı gerektiren nitelikli hale yer verilmemiş, ancak daha fazla cezayı gerektiren birden fazla nitelikli hal öngörülmüştür. Bu nitelikli haller m. 292'nin 2. fıkrasında suçun cebir veya tehdit kullanılarak işlenmesi, 3. fıkrasında ise silahlı olarak ya da birden çok tutuklu veya hükümlü tarafından birlikte işlenmesi şeklinde belirlenmiştir. Bu belirleme tahdidi olarak yapılmıştır, dolayısıyla sayılan nitelikli haller dışındaki bir sebep nitelikli hal olarak kabul edilemez. Örneğin kıyafet değiştirmek suretiyle hileli bir şekilde veya taklit anahtar yardımıyla kaçma daha fazla cezayı gerektiren nitelikli hal olarak değerlendirilemez¹⁷⁹.

Nitelikli haller her iki fıkroda kendi içinde seçimlik olarak düzenlenmiştir. 2. fıkroda cebir kullanılarak işlenmesi ve tehdit kullanılarak işlenmesi; 3. fıkroda ise silahlı olarak işlenmesi ile birden çok tutuklu veya hükümlü tarafından birlikte işlenmesi kendi içinde seçimlik nitelikli hal olarak hüküm altına alınmıştır. Fıkraların kendi içindeki seçimlik nitelikli hallerin aynı olayda birlikte gerçekleşmesi, örneğin infaz koruma görevlilerine karşı cebir kullanıldıktan sonra hayatlarına yönelik tehdit edilmeleri durumunda nitelikli hal bir kez uygulanacak, ancak diğer nitelikli hal alt ve üst sınır arasında cezanın tayininde gözönünde bulundurulacaktır. Fakat örneğin, infaz koruma görevlileri silahla tehdit edilerek kaçılmış ise 2. ve 3. fıkradaki iki nitelikli halde gerçekleşmiş olacaktır. Bu durumda cezanın belirlenmesinde 3. fıkra yukarıdaki fıkralara atıf yaparak cezayı belirlediği için, 2. fıkradaki nitelikli hale göre ceza belirlendikten sonra 3. fıkraya göre artırım 2. fıkra üzerinden yapılarak ceza tayin edilecektir. Eğer her iki nitelikli hal bağımsız cezalar öngörseydi fikri içtima kuralları gereğince en ağırı üzerinden ceza tespit edilecek ve diğer nitelikli hal asgari ve azami hadler arasında cezanın tespitinde gözönüne alınacaktı¹⁸⁰.

1. Cebir veya tehdit kullanılarak işlenmesi nitelikli hali

TCK. m. 292/2. fıkrasında düzenlenen bu nitelikli halde iki seçimlik hareket öngörülmüştür. Dolayısıyla bu nitelikli halin gerçekleşebilmesi için kaçmada cebir veya tehdit hareketlerinden birinin kullanılmış olması yeterlidir. Fıkroda **cebir** veya **tehdit** hareketlerinden birinin de kullanılarak **kaçma** hareketinin yapılması arandığı için bu nitelikli hal, çok hareketli ve aynı zamanda bağlı hareketli bir nitelikli haldir.

Cebir veya tehdidin kaçmak için kullanılmış olması gerekir¹⁸¹. Yani cebir veya tehdidin firarı temin gayesine matuf olması¹⁸², yani amaç-araç bağının somut olayda mevcut olması lazımgelir¹⁸³. Dolayısıyla örneğin, failin, infaz koruma memuruyla cezaevi düzenini bozucu davranışlar gibi kurallara uymama nedeniyle yaşanan tartışmadan ötürü infaz koruma memuruna uygulanan şiddet sonrasında daha önce hiç aklında olmamasına rağmen onun bayılmasını fırsat

¹⁷⁹ Erem, Fırar Cürmü, s. 846; Erem, C. 2, s. 1577; Erem, Adliye Aleyhinde Cürümler, s. 67.

¹⁸⁰ Nitelikli hallerde cezanın belirlenmesine ilişkin bu açıklamalar için bkz. Akbulut, Genel Hükümler, s. 1052 vd.

¹⁸¹ Gökçen/İçer, s. 752; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, Özel Hükümler, s. 1266; Kaymaz/Gökçen, s. 96.

¹⁸² Erem, Fırar Cürmü, s. 845; Yener, s. 92.

¹⁸³ Erem, Fırar Cürmü, s. 845; Erem, C. 2, s. 1577.

bilerek infaz koruma memurunun üzerindeki anahtarları alıp kaçması durumunda kaçma ile cebir arasında nedensellik bağı varsa da kaçmak amacıyla cebir kullanılmadığından nitelikli hal uygulanmamalıdır. Çünkü maddede cebir kullanılarak kaçmaktan bahsetmektedir. Cebir kaçmak için kullanılmış olmalıdır. Tartışmada uygulanan cebirden sonra kaçma, kaçmak için cebir kullanıldığı anlamına gelmez.

Fakat şu hususun da vurgulanması gerekir ki, suçun münhasıran cebir veya tehditle işlenmesi ya da kaçmanın münhasıran cebir veya tehditten kaynaklanması şart değildir. Cebir veya tehdidin etkisi az da olsa suçun işlenmesinde sözkonusu olmuşsa bu nitelikli halin uygulanması için yeterli olacaktır¹⁸⁴. Uygulanan cebir veya tehdidin kaçmadaki etkisi elbette ceza tayinde gözönünde bulundurulmalıdır. Ancak belirtmelidir ki, kaçmak için cebirin kullanılmış olması nitelik halin gerçekleşmesi açısından yeterlidir; failin ayrıca amacına ulaşmış ve kaçmış olması şart değildir. Kaçma gerçekleşmediği takdirde nitelikli hale teşebbüsten sorumluluk belirlenmelidir.

Nitelikli halin uygulanabilmesi için cebir veya tehdidin mutlaka kaçan hükümlü veya tutuklu kişiler tarafından yapılması gerekir¹⁸⁵. Örneğin kaçmak isteyenlerin kaçabilmesine imkan sağlamak adına kaçışa engel olmak isteyenlere kaçmayanlar tarafından cebir veya tehdit uygulanması halinde kaçanlar nitelikli halden sorumlu tutulmamalıdır. Çünkü çok hareketli ve bağıli hareketli bu nitelikli halden sorumluluk için cebir veya tehdit hareketleri de kaçanlar tarafından yapılmalıdır. Öbür yandan failer kendi fiilinden sorumludur, şeriklerdeki durum veya şahsi nedenler faillere etki etmez¹⁸⁶. Cebir veya tehdit uygulayarak birlikte kaçma iradesi kapsamında cebir veya tehdidi birden fazla kaçan tutuklu ya da hükümlülerden bazıları uyguluyor diğerleri uygulamıyor olsa da bütün birlikte failer nitelikli halden cezalandırılırlar. Kaçmayan ama cebir ve tehdit uygulayan kişiler kaçanların 292. maddedeki suçuna yardım etmiş kabul edilirler. Fakat bu fiilleri aynı zamanda 294. maddedeki kaçmaya imkan sağlama suçunu oluşturduğu için failiğin şerikliğe önceliği ilkesi gereğince 294. maddedeki suçun faili olarak cezalandırılmalıdırlar¹⁸⁷. Diğer taraftan cebir veya tehdit uygulamayan, başkalarının uyguladığı

¹⁸⁴ Ünver, s. 619.

¹⁸⁵ Yener, s. 92; Kaymaz/Gökcan, s. 96. “Sanıkların tutuklu veya hükümlü olarak buldukları cezaevinden kaçmaya karar verdikleri, yapılan plan dahilinde meydançı olarak çalışan sanık ...'ın mağdur ...'in yemeğine uyku ilacı katarak etkisiz hale getirdiği, mağdurun üzerinde bulunan anahtarları alıp diğer sanıkların da koşullarından çıkmalarını sağladığı, ardından hep birlikte mağdura yönelik darp ve tehditte bulunarak, temin ettikleri çarşaf, havlu, kemer gibi eşyalarla, mağdurun ellerini, ayaklarını ve ağzını bağlayıp, yerinden söktükleri tuvalet penceresinden firar ettikleri tüm dosya kapsamından anlaşılan olayda; sanıkların kanuni tanımda yer alan fiili birlikte gerçekleştirmeleri karşısında, sanıklar Umut ve Yılmaz hakkında TCK'nın 292/2-3 maddesi uyarınca mahkumiyet hükümleri kurulması gerekirken, aynı maddenin birinci fıkrası uygulanmak suretiyle eksik ceza tayini,” Y8CD, 15.3.2021, E. 2019/6777, K. 2021/3918, www.lexpera.com.tr

¹⁸⁶ Akbulut, Genel Hükümler, s. 834.

¹⁸⁷ “...işlenen tek fiil kişiyi bir suçun faili diğerinin şeriki yapıyorsa, yalnızca faili olduğu suçtan dolayı cezalandırılması yoluna gidilir. Bu durumda failiğin şerikliğe göre asliliğinden söz edilir.”, Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s. 557. Yargıtay bir kararında bu ilkedden bahsetmese de hükümlünün kaçmasına kolluk görevlilerine fiziki kuvvet kullanarak müdahalede bulunan hükümlünün kardeşi sanık hakkında m. 294/2, 3. maddelerine göre cezalandırılacağını belirtmiştir: “Hükümlü olan sanık Şenol...kolluk görevlisini yumruk atmak suretiyle yere düşürerek kaçmaya teşebbüs etmesinden ve kardeşi olan sanık Şener...kolluk görevlisine fiziki olarak müdahale etmek suretiyle sanık Şenol'un kaçmasını sağlamaktan ibaret eylemlerinin; TCK.nun 42. maddesi hükmü gözetildiğinde, bileşik suç niteliğinde bulunduğu anlaşıldığından bir bütün halinde sırasıyla TCK.nun 292/2 ve TCK.nun 294/2, 3. Maddeleri kapsamında kaldığı, ayrıca görevi yaptırmamak için direnme

cebir veya tehditten yararlanarak kaçan failler ise başka nitelikli hal de yoksa sadece basit kaçma suçundan dolayı sorumlu olurlar. Aynı durum m. 292/4 gereğince örneğin, mala zarar verilerek kaçılması hali açısından da geçerlidir. Yani başkalarının kapı, pencere, duvar kırmalarından istifade ederek kaçan failler de yalnızca basit kaçmadan cezalandırılırlar, mala zarar vermeden cezalandırılmazlar¹⁸⁸. Hükümlü veya tutuklunun örneğin cebir veya tehditle ya da tünel kazma suretiyle mala zarar vererek kaçma fiilinden dolayı diğer hükümlü veya tutukluların kaçmalarına imkan sağlamış olsa da m. 294'deki suçu işlemiş olmaz. Çünkü cebir, tehdit uygulayarak veya tünel kazarak kaçan failin kastı bizatihi kendisinin ceza infaz kurumundan kaçmasına yöneliktir. TCK m. 294'deki kaçmaya imkan sağlama kastı bulunmamaktadır. Fakat kazılan tünelden başkalarının da kaçabileceğinin öngörülebileceği ve m. 294'deki suçun olası kastla işlemiş olacağı ileri sürülebilirse de kaçmak isteyen kişiden 294. maddeyi de ihlal etme endişesini taşıması beklenmemelidir¹⁸⁹. Ama örneğin kazdığı tünelden ben nasıl olsa kazıyorum, diğerlerine siz de bu tünelden kaçarsanız kaçın diyerek onların da kaçmasına imkan sağlama kastıyla hareket etmesi halinde m. 294'den sorumluluk doğar. Ancak tünel kazma fiiliyle m. 292 ve 294'deki suçları gerçekleştirmiş olacağı için fikri içtima hükümlerine göre sorumluluk belirlenmelidir.

Cebir veya tehditle işlenen nitelikli halden sorumluluk için mutlaka cebir veya tehditle kaçma amacıyla hareket edilmesi şart değildir. TCK m. 292/1 kapsamında cebir veya tehdit uygulamadan kaçılması amaçlanmış olmasına rağmen görevlilerin müdahalelerinin gerçekleşmesi üzerine sonradan cebir veya tehdide başvurulması halinde de bu nitelikli halden sorumluluk belirlenmelidir.

a) Cebir Kullanılarak İşlenmesi

Cebirden anlaşılması gereken hali hazırda kişilere karşı uygulanan fiziki güçtür. Örneğin infaz koruma görevlisinin parmaklarının bükülerek kapıyı açmaya zorlanması böyledir. Cebir mağdura değil, bir eşyaya uygulanıyorsa, cebir gerçekleşmez, ama mağdur bunu bir tehdit olarak algılayorsa tehditle işlenmiş nitelikli hal gerçekleşmiş olur, tehdit olarak da görmüyorsa nitelikli hal gerçekleşmez¹⁹⁰. Ancak m. 292/4'de eşyaya zarar verilmesi durumunda sorumluluğun ayrıca bu suçtan belirleneceği hükmü gözönünde bulundurulmalıdır.

TCK m. 108'deki cebirin düzenlenme kapsamı itibariyle kaçmak için kullanılan cebirin kasten yaralama şeklinde bedene yönelik fiziki bir güç kullanımı olarak zorlayıcı cebir boyutunda

suçundan hüküm kurulamayacağına gözetilmemesi, Y8CD, 20.12.2017, 18236/14812, **Gökcan**, Hasan Tahsin/**Artuç**, Mustafa: *Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu Şerhi, C. 1, (M. 1-44)*, Ankara 2021, s. 1306.

¹⁸⁸ Bkz. **Kaymaz/Gökcan**, s. 96; **Erem**, Firar Cürmü, s. 845; **Erem**, C. 2, s. 1577; **Özütürk**, s. 129; **Majno**, C. 2, s. 287. “Sanığın, başkaları tarafından açılan tünelden yararlanmak suretiyle, tutuklu bulunduğu cezaevinden kaçtığı kabul edildiği ve tünelin kazılmasına katıldığından söz edilmediği halde, TCK. nun 298 maddesinin 1. fıkrası yerine, 2. fıkrası ile hüküm kurulması, bozmayı gerektirmiştir”, Y2CD, 3.11.1981, 6974/7069, **Çağlayan**, M. Muhtar: *Türk Ceza Kanunu, C. 2, (Madde 125-315)*, 3. Baskı, Ankara baskı tarihi yok, s. 1094.

¹⁸⁹ **Çelen**, Ömer: *Bir İştirak Şekli Olarak Yardım Etme (Asli Fail-Yardım Eden Ayrımı)*, Ankara 2020, s. 120-121, dpn. 336.

¹⁹⁰ **Yıldız**, Özel Ceza Hukuku, s. 524; **Yıldız**, s. 166; **Koca**, Mahmut/Üzülmez, İlhan: *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 7. Baskı, Ankara 2020, s. 438; **Yokuş Sevük**, Handan: *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 3. Baskı, Ankara 2020, s. 444; **Kangal**, Zeynel T.: “Cebir Kullanma Suçu”, *Prof. Dr. Mehmet Emin Artuk'a Armağan*, (Ed.: Mahmut Koca), Ankara 2020, s. 600; **Yıldız**, Özel Ceza Hukuku, s. 64. Aksi görüş ise **Tezcan**, Durmuş/**Erdem**, Mustafa Ruhan/**Önok**, R. Murat: *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 19. Baskı, Ankara 2021, s. 552.

olması aranmalıdır¹⁹¹. Fakat bazen uygulanan cebir sonucu kişinin bayılması, yaşamını tehlikeye sokan bir duruma girmesi veya bitkisel hayata girmesi (m. 87/1-d, 2-a) gibi irade yeteneğini ortadan kaldıran durumlar sözkonusu olduğunda bu cebiri mutlak cebir kabul etmek gerekecek ve nitelikli kaçmanın unsuru olan cebir oluşmayacağından sadece m. 292/4 gereğince neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış yaralamadan ve temel kaçma suçundan ceza verilebilecektir. Lakin böyle bir durumda daha az cebir uygulanmasına, (fakat m. 87'deki hallere yol açan) rağmen nitelikli kaçma ve neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış yaralamadan hüküm kurulacak olması haksızlık muhtevası açısından çok adil gözükmemektedir. Bu itibarla kasten yaralama şeklindeki fiziki güç kullanımı sonucu irade yeteneğini ortadan kaldıran mutlak cebir de nitelikli hal içinde kabul edilmelidir. Yine örneğin infaz koruma görevlilerin bir yere kapatılması suretiyle kaçmaya engel olmamasının sağlanması hali de cebir olarak dikkate alınmalıdır. Nitekim Yargıtay'ın bir kararında birden fazla kişiye karşı gerçekleştirilen hürriyetten yoksun kılmayı cebir içinde değerlendirdiği ve m. 292/2-3 kapsamında sorumluluğun belirlenmesi gerektiğine hükmettiği görülmektedir¹⁹².

Cebirin kaçmalarına engel olan infaz koruma görevlilerine karşı uygulanması şart değildir, kaçmalarına engel olmak isteyen diğer tutuklu veya hükümlülere karşı uygulanması halinde de nitelikli hal gerçekleşecektir. Zira metnin lafzına bakıldığında “suçun cebir veya tehdit kullanılarak işlenmesi”nden bahsedilmektedir. Dolayısıyla cebir veya tehdidin kime yönelik gerçekleştirileceğinden sözedilmediği için kaçmalarına engel olan infaz koruma memurlarına ya da koğuştaki diğer tutuklu veya hükümlülere karşı veyahut da herhangi birine karşı fail tarafından kullanılmış olması yeterlidir¹⁹³. Fakat cebir uygulanan kişi ile bir şey yapılması veya yapılmaması ya da kendisinin bir şey yapmasına izin vermesi istenen kişinin farklı olması halinde de cebir olduğu savunulduğu¹⁹⁴ gibi cebir uygulanmayan kişi açısından başkasına uygulanan cebirin, tehdit olarak kabul edilmesi gerektiği de ifade edilmektedir¹⁹⁵. Örneğin, infaz koruma memurunun kapıyı açmasını sağlamak için hükümlüye cebir uygulanması halinde cebir kabul edileceği gibi tehdit olarak da kabul edilebilecektir. Ama sonuçta tehdit de nitelikli hal kapsamında olduğu için kaçma suçunun nitelikli hali gerçekleşmiş olacaktır.

Cebir ya da tehdidin kaçma fiilinin icrası sırasında işlenmiş olması gerekir¹⁹⁶, aksi halde teşebbüs hükümlerinin uygulanması sorun teşkil eder.

¹⁹¹ Bkz. **Koca/Üzülmez**, Özel Hükümler, 7. Baskı, s. 680.

¹⁹² “Aynı koğuşta kalan sanıkların ceza evinden firar etme konusunda aralarında anlaştıkları, firar suçunu gerçekleştirmek amacıyla hücrede bulunan bir arkadaşlarına yemek götürmeyi bahane ederek, ceza infaz kurumu memurları olan K8 ve K9'u koğuşlar önüne çağırıp kapıyı açtıkları, fırsattan istifade ile infaz koruma memurları ve cezaevinde meydancılık yapan hükümlü K10'yi koğuşun içerisine çekerek el ve ayaklarını bağladıkları ve koğuşun kapısını kilitleyip ayırdıkları, bu suretle gerçekleştirdikleri eylemlerinin firar suçunu oluşturacağı, ayrıca kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan ceza verilemeyeceği gözetilmeden yazılı biçimde bu suçtan da mahkumiyetlerine karar verilmesi,” Y8CD, 16.10.2008, E. 2008/7822, K. 2008/11211, www.lexpera.com.tr

¹⁹³ Bkz. **Gökçen/İçer**, s. 752; **Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır**, Özel Hükümler, s. 1266; **Özütürk**, s. 129. Doktrinde, failin kendisine şiddet uygulamasının cebir değil, tehdit olarak kabul edilmesi gerektiği belirtilmektedir. **Kangal**, Zeynel T.: “Görevi Yaptırmamak İçin Direnme”, *Prof. Dr. Feridun Yenisey'e Armağan C. I*, İstanbul 2014, s. 509; **Kangal**, Cebir Suçu, s. 600.

¹⁹⁴ **Koca/Üzülmez**, Özel Hükümler, s. 438; **Toroslu**, Nevzat/**Toroslu**, Haluk: *Ceza Hukuku Özel Kısım*, 11. Baskı, Ankara 2021, s.79.

¹⁹⁵ Bkz. **Kangal**, Cebir Suçu, s. 596; **Yokuş Sevük**, s. 443-444; **Yıldız**, Ali Kemal: *Cebir, Özel Ceza Hukuku, C. III, Hürriyete, Şerefe, Özel Hayata, Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar*, İstanbul 2018, s. 65.

¹⁹⁶ **Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır**, Özel Hükümler, s. 1266.

b) Tehdit kullanılarak işlenmesi

Tehdit, gerçekleşmesi failin iradesine bağlı olan bir kötülüğün, haksızlığın gelecekte meydana getirileceğinin mağdura bildirilmesidir¹⁹⁷. Dolayısıyla tehditte cebirden farklı olarak kişi üzerinde halihazırda fiziki bir güç kullanımı bulunmamakta, ileride gerçekleştirilebilecek olan bir kötülüğün bildirilmesiyle korkutulmaktadır¹⁹⁸. Tehdidin kime karşı işlendiğinin bir önemi yoktur. Yani tehdit, görevli bir kimseye, diğer tutuklu veya hükümlü birine veya herhangi bir kişiye yönelik gerçekleştirildiğinde nitelikli hal oluşacaktır¹⁹⁹. Cebir kullanmada olduğu gibi teşebbüs hükümlerinin uygulanabilirliği açısından tehdit de kaçma sırasında gerçekleştirilmelidir.

Kaçmak isteyen tutuklu veya hükümlünün bıçağı kendi boğazına tutarak “kaçmama engel olmaya çalışan olursa boğazımı keserim” demesi tehdit suçunu oluşturmaz. Çünkü m. 106’nın metninde failin, bir başkasını, mağdurun kendisine veya yakınına yönelik zarar vermeye korkutmadan bahsedilmektedir²⁰⁰. Dolayısıyla başkasına veya onun yakınına yönelik yapılmayan kötülük beyanı kanuni düzenleme açısından tehdit olarak kabul edilemeyeceğinden kendisini tehditle hükümlü veya tutuklunun kaçması nitelikli hali gerçekleşmeyecektir.

Kaçmak amacıyla kullanılan tehdit, TCK’nın 106. maddesindeki takibi şikayete bağlı tutulan hal kapsamında kalan bir tehdit olur ve mağdur da şikayetçi olmazsa kanaatimizce yine de m. 292/2’deki nitelikli hal uygulanmalıdır. Çünkü m. 292/2’deki düzenleme bir bileşik suç düzenlemesidir. Bileşik suç düzenlemelerinde unsur ya da nitelikli hal olarak birden çok suç birleşerek tek bir suç tipini oluşturmaktadır²⁰¹. Bu bakımdan bileşik suç düzenlemelerinde artık ortada birden çok suç yoktur, tek fiil (tipik anlamda hareket teklifi) ve tek suç vardır²⁰². Unsur ya da nitelikli hal olan suç bağımsızlığını kaybetmektedir²⁰³. Yani bileşik suç kendini oluşturan suçlara bölünemeyen bir bütün teşkil etmektedir²⁰⁴. Bu itibarla da bileşik suçun bölünmesi ve unsuru olan suçların ayrıca gözönünde bulundurulmasından bahsedilemez²⁰⁵. Dolayısıyla m. 292/2’deki nitelikli halin uygulanabilmesi için tehdit suçunda şikayetin gerçekleşip

¹⁹⁷ Bkz. **Tezcan/Erdem/Önok**, Ceza Özel, s. 516.

¹⁹⁸ **Sözüer**, Adem: “Tehdit Suçu”, *İHFM*, C. 54, S. 1-4, 1994, s. 130-131; **Tezcan/Erdem/Önok**, Ceza Özel, s. 517; **Özgenç**, Genel Hükümler, s. 477; **Yıldız**, Ali Kemal: *Tehdit, Özel Ceza Hukuku, C. III, Hürriyete, Şerefe, Özel Hayata, Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar*, İstanbul 2018, s. 16.

¹⁹⁹ “07.03.2013 tarihli tutanak içeriğine göre, kapalı ceza infaz kurumuna iade işlemleri yapılan sanığın, açık ceza infaz kurumu çıkış kapısında avucunun içindeki jileti çıkararak, kendisine nezaret eden görevlilere " yaklaşmayın, sizi de keserim kendimi de, ..., bari siz peşimden gelmeyin,.. elimde jilet var, .. hırslımı sizden almayayım, size yazık olur..." şeklinde sözler sarfederek uzaklaşmak şeklinde gerçekleşen eyleminin, TCK.nun 292/2. maddesi kapsamındaki suçu oluşturduğu gözetilmeden yazılı biçimde hüküm kurulması aleyhe temyiz olmadığından bozma nedeni yapılmamıştır.” Y8CD, 20.2.2019, E. 2017/3217 K. 2019/2408, www.lexpera.com.tr. “02/04/2018 tarihli olay tutanağında sanığın çay bardağını kırdıktan sonra infaz koruma memurlarına “yaklaşma sana vururum, ben firar edeceğim” dediğinin yazılmış olması karşısında eylemin tehditle gerçekleştirildiği anlaşılmasına rağmen sanık hakkında TCK’nun 292/2. maddesinin uygulanmaması”, Konya BAM7CD, 23.01.2020, 2020/112, 2020/112, **Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır**, Özel Hükümler, s. 1266, dpn. 62.

²⁰⁰ Bkz. **Tezcan/Erdem/Önok**, Ceza Özel, s. 522-523.

²⁰¹ **Aksoy İpekçioğlu**, Pervin: “Türk Ceza Kanunu’nda Bileşik Suç”, *Ankara Üniversitesi HFD*, C. 61, S. 1, 2012, s. 48.

²⁰² **Koca/Üzülmez**, Genel Hükümler, s. 553.

²⁰³ **İçel**, Kayıhan: *Suçların İctimai*, İstanbul 1972, s. 207; **Koca/Üzülmez**, Genel Hükümler, s. 554.

²⁰⁴ **Toroslu/Toroslu**, Genel Kısım, s. 367; **Aksoy İpekçioğlu**, s. 50.

²⁰⁵ Doktrinde nitelikli halde unsur olan bağımsız suç takibi şikayete bağlı tutulmuş ise kanunkoyucunun bileşik suçun bölünebileceğini kabul ettiği anlamına geleceği, dolayısıyla şikayet gerçekleşmezse bileşik suçun da oluşmayacağı ileri sürülmektedir. Bkz. **Hakeri**, Genel Hükümler, s. 603-604; **Özen**, Mustafa: *Suçların İctimai (Zincirleme Suç - Fikri İctima - Bileşik Suç)*, (Doktora Tezi), Ankara 2008, s. 165.

gerçekleşmemesi önemli değildir, şikayet şartı gerçekleşmese de nitelikli halden sorumluluk tayin edilmelidir.

2. Silahlı Olarak ve Birden Çok Tutuklu Veya Hükümlü Tarafından Birlikte İşlenmesi

a) Silahlı olarak işlenmesi

Suçun silahlı olarak işlenmesi kaçma düşüncesinde olan faili cesaretlendirmesi, kaçma fiiline engel olacakların mukavemetini kırmada kolaylık sağlaması nedeniyle daha fazla cezayı gerektiren nitelikli hal olarak kabul edilmiştir²⁰⁶. Doktrinde nitelikli halin gerçekleşebilmesi için kaçışta silah kullanılmasının gerekli olmadığı, sırf içlerinden birinde silah olmasının yeterli olduğu belirtilmiştir²⁰⁷. Kanaatimizce kaçan tek kişi de olsa silahlı olarak kaçmışsa bu nitelikli hal uygulanacaktır²⁰⁸. Ancak bu nitelikli halden bahsedilebilmesi için somut olayda tutuklu veya hükümlünün yanında silahın bulunması yeterli değildir, silahın kullanılmış olması gerekir. Fakat silahın ateşlenmesi şart değildir, gösterilmesi dahi yeterli kabul edilir. Yani silah herhangi bir şekilde kaçmada kullanılmalıdır²⁰⁹. Hükümlü veya tutuklulardan birinin yanında silahın bulunmasına rağmen kaçmayı gerçekleştirmek için silahı kullanmamışsa nitelikli hal uygulanmamalıdır. Örneğin fail silahlı olmakla birlikte kapının açık olmasından yararlanarak kaçmışsa suçun temel halinden sorumluluk belirlenmelidir²¹⁰. Önemli olan hükümlü ya da tutuklulardan birinin silahlı olması değildir, çünkü silahlı olduğunu bilmeyenlere karşı kaçmada silahtan yararlanılmış olunmayacaktır.

Birden çok tutuklu veya hükümlü birlikte kaçarken, içlerinden birinin silah kullanması durumunda diğer birlikte kaçanların da silah kullanılması nitelikli halinden sorumlu olup olmayacağı nitelikli hallerin sırayeti konusundaki görüşe göre değişecektir. Bir görüşe göre kaçanlardan birinin silah kullandığını silah kullanmayan diğer kaçanların bilmesi halinde kaçarken silah kullanmayanlar da nitelikli halden sorumlu olur. Silah kullanılacağını bilmeyen failer hakkında bu nitelikli hal uygulanmaz²¹¹. Diğer bir görüşe göre ise müşterek faillikte her bir fail haksızlıkla doğrudan temas ettiği için bir başkasının fiiline veya şahsına bağlı olarak değil, yalnızca kendi gerçekleştirdikleri fiilden sorumludurlar²¹². Dolayısıyla bu görüşe göre içlerinden hangisi silahı kullanmışsa sadece o nitelikli halden sorumlu olur, diğerleri içlerinden birinin silah kullandığını bilse de bu nitelik halden sorumlu olmazlar²¹³.

Kaçma fiilinin icrasında silahın da kullanılması gerektiği için çok hareketli ve bağlı hareketli bir nitelikli hal olarak nitelendirilebilir. Bu itibarla silahın bizzat kaçan kişiler tarafından

²⁰⁶ Gökçen/İçer, s. 752; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, Özel Hükümler, s. 1267.

²⁰⁷ Donay, Süheyl: *Türk Ceza Kanunu Şerhi*, İstanbul 2007, s. 416.

²⁰⁸ Parlar/Hatipoğlu, C. 4, s. 4407; Parlar/Öztürk, s. 515; Gökçen/Artuç, C. 6, s. 9443.

²⁰⁹ Bkz. Parlar/Hatipoğlu, C. 4, s. 4407; Parlar/Öztürk, s. 515; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, Özel Hükümler, s. 1267.

²¹⁰ Örnek için bkz. Öztürk, s. 130.

²¹¹ Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, Özel Hükümler, s. 1267; Çolak, s. 1931.

²¹² Koca/Üzülmöz, Genel Hükümler, s. 482, dpn. 1611; Kitapçioğlu Yüksel, s. 399; aynı yöndeki Yargıtay kararı için bkz. Y1CD, 25.06.2014, 1428/3654, Koca/Üzülmöz, Genel Hükümler, s. 482, dpn. 1610.

²¹³ Nitelikli hallerin failer bakımından sırayeti konusunda bkz. Demirel, s. 508 vd; Kaymaz, Seydi: "5237 Sayılı Türk Ceza Kanuna Göre İştirak Halinde İşlenen Suçlarda Nitelikli Hallerin Diğer Suç Ortaklarına Geçiş Sorunu", *Gazi Üniversitesi HFD*, C. XVI, S. 2, 2012, s. 138 vd.

kullanılması gerekir²¹⁴. Kaçan kişiler dışındakiler tarafından, örneğin koğuştaki diğer hükümlü veya tutuklular infaz koruma memurlarına karşı kaçmak isteyen hükümlü veya tutukluların kaçmalarını engellemesinler diye silah kullanıldığında fail hakkında nitelik hal uygulanamaz. Çünkü kaçmak için silahı o kullanmamıştır. Diğerleri bu fiilleriyle kaçanlara yardım etmiş olmakla birlikte TCK m. 294'deki kaçmaya imkan sağlama suçunu da fail olarak gerçekleştirmiş olacaklardır. Failliğin şerikliğe önceliği ilkesi gereğince sadece m. 294'den cezalandırılacaklardır.

Kaçmak amacıyla silah kullanılması gerektiği²¹⁵ için kaçtıktan sonra, örneğin genel kontrol durdurularında yakalanmamak için silah kullanılması nitelikli hal kapsamında değerlendirilemez²¹⁶.

Silahtan ne anlaşılması gerektiği için TCK m. 6'daki silahın tanımı gözönünde bulundurulmalıdır. Örneğin ateşli silahlar, patlayıcı maddeler, saldırı ve savunmada kullanılmak üzere yapılmış her türlü kesici, delici veya bereleyici alet, saldırı ve savunma amacıyla yapılmış olmasa bile fiilen saldırı ve savunmada kullanılmaya elverişli diğer şeyler silah olarak değerlendirilecektir. Bu çerçevede kanaatimizce belirlenen ölçülerde silah sayılmayan, ama aslında silah olarak kullanılabilen her şey, silah olarak geçerlidir ve bir kaçış esnasında böyle bir cismin kullanılması durumunda nitelikli halin gerçekleştiği kabul edilmelidir²¹⁷. Hatta silahın gerçek olmaması, mermisinin bulunmamasına rağmen, bu durumu bilmeyenleri etkilemişse kaçmak için elverişli silah olarak değerlendirilir²¹⁸.

b) Birden çok tutuklu veya hükümlü tarafından birlikte işlenmesi

Silahlı olarak işlenmesinde olduğu gibi birden çok kişinin birlikte kaçması, kaçışı kolaylaştırması, onları daha fazla cesaretlendirmesi ve kaçışı engelleyecek olanların direncini kırmada kolaylık sağlaması dikkate alınarak daha fazla cezayı gerektiren nitelikli hal olarak öngörülmüştür²¹⁹. Nitelikli halin gerçekleşebilmesi için en az iki tutuklu ya da hükümlünün kaçması gerekir. Ancak birden çok tutuklu veya hükümlünün hepsinin ya tutuklu ya da hükümlü olması şart değildir. Bir veya birden fazlası tutuklu ve bir veya birden fazlasının hükümlü olabilir. Yani kaçan faillerden biri tutuklu diğer hükümlü olsa da nitelikli hal gerçekleşmiş olur²²⁰. Fakat "birlikte işlenmesi" ifadesinden ne anlaşılması gerektiği konusunda doktrinde farklı görüşler ileri sürülmektedir. Bir görüşe göre birden fazla tutuklu ya da hükümlünün birlikte kaçmayı iştirak halinde işlemeleri zorunlu değildir, birlikte işlemeleri yeterlidir. Dolayısıyla ister iştirak halinde isterse aralarında iştirak iradesi olmaksızın birlikte işlesinler nitelikli hal gerçekleşecektir²²¹. Diğer bir görüşe göre ise iki veya daha fazla hükümlü ya da tutuklunun iştirak iradesiyle birlikte işlemesi gerekmektedir. Aralarında birlikte kaçma iradesi olmadan kaçan iki veya daha fazla hükümlü ya da tutuklunun kaçması nitelikli hali oluşturmayacaktır. Ayrıca nitelikli halinin oluşabilmesi,

²¹⁴ Yener, s. 92.

²¹⁵ Yener, s. 92.

²¹⁶ Parlar/Hatipoğlu, C. 4, s. 4407; Parlar/Öztürk, s. 515.

²¹⁷ Yıldız, Özel Ceza Hukuku, s. 525; Yıldız, s. 167.

²¹⁸ Parlar/Hatipoğlu, C. 4, s. 4407; Parlar/Öztürk, s. 515; Meran, s. 839.

²¹⁹ Bkz. Parlar/Hatipoğlu, C. 4, s. 4407; Parlar/Öztürk, s. 515; Meran, s. 839.

²²⁰ Ünver, s. 621; Gökcen/Artuç, C. 6, s. 9444; Yıldız, Özel Ceza Hukuku, s. 525-526; Yıldız, s. 168.

²²¹ Ünver, s. 621. Nitekim doktrinde, suça iştirak ve suçun birlikte işlenmesinin aynı şey olmadığı ifade edilmiş ve "habersiz birlikte suç işleme" ile "kütle (yığın) halinde birlikte suç işleme"nin iştirak halinde suç işlemek olmasa da suçun birlikte işlenmesi kapsamında olduğu belirtilmiştir. Bkz. Aydın, s. 29.

maddede “birlikte işlemeden” bahsedilmesi nedeniyle suça iştirak edenlerin (müşterek) fail olarak katılması, yani kaçması şarttır²²².

Suçta azmettiren veya yardım edenler bu sayıya dahil edilmezler²²³. Her ne kadar bu nitelikli halden ne anlaşılması gerektiğine ilişkin madde gerekçesinde bir açıklama bulunmasa da aynı nitelikli halin düzenlendiği kişiyi hürriyetten yoksun kılma suçunun (TCK m. 109/3-b) madde gerekçesinde, “Suçun icra hareketlerinin birden fazla kişi tarafından birlikte gerçekleştirilmesi gerekir. Yani suçun işlenişi açısından müşterek faillik durumunun varlığı halinde, bu nitelikli unsur oluşur. Ancak, suçun bir kişi tarafından gerçekleştirilmesine karşılık, diğer suç ortaklarının azmettiren veya yardım eden olması halinde, bu fıkra göre ceza artırılamaz.” şeklinde açıklanmaktadır. Bize göre de kaçmanın birden çok hükümlü veya tutuklunun birlikte işlemesi, müşterek fail olarak işlenmesidir, azmettiren veya yardım edenler bu sayıya dahil edilmemelidir²²⁴. Çünkü maddede suçun birden çok tutuklu veya hükümlü tarafından **birlikte işlenmesinden** bahsedilerek fiilin icra hareketlerinin birlikte yapılması kastedilmektedir²²⁵. Dolayısıyla en az iki tutuklu veya hükümlünün birlikte kaçması halinde bu nitelik hal gerçekleşecek ve her ikisi de bu nitelikli halden müşterek fail olarak sorumlu olacaktır²²⁶.

Müşterek faillerin kaçmak için fiilin icrasından önce anlaşış hareket etmeleri şart değildir²²⁷. Fiilin icrası sırasında anlaşış birlikte hareket ederek kaçmaları da müşterek faillik için yeterlidir²²⁸. Hatta bireysel başlayan tünel kazma suretiyle kaçmaya daha sonra diğer tutuklu veya

²²² Bkz. **Artuk/Gökçen/Alşahin/Çınar**, Özel Hükümler, s. 1267-1268; **Gökçen/İçer**, s. 753-754; **Parlar/Hatipoğlu**, C. 4, s. 4407; **Parlar/Öztürk**, s. 515; **Meran**, 839.

²²³ Bkz. **Parlar/Öztürk**, s. 515-516; **Parlar/Hatipoğlu**, C. 4, s. 4407; **Meran**, s. 839-840; **Çolak**, s. 1931.

²²⁴ “Olay yeri tespit tutanağına da yansıyan eylemde sanık ...'ün ip fonksiyonu görece hale getirilip cezaevinin çatisına bağlanan çarşafa tırmanmış ve firar girişiminde bulunduğunu düşündürecek bir vaziyette yakalandığı, diğer sanıkların da cezaevi personelinin gelişini kontrol ederek avluda ona gözçülük yapar vaziyette oldukları nazara alındığında; diğer sanıkların eylemlerinin TCK'nın 39/1 maddesi kapsamında değerlendirilebilecek şekilde hükümlü veya tutuklunun kaçması suçuna yardım etme olarak tavsif edilmesi zorunlu olduğundan, 292/3 maddesinin uygulanabilmesi için birden fazla kişinin birlikte işlemesi gerektiği **yani birden fazla kişinin eyleminin TCK'nın 37.maddesi kapsamında değerlendirilmiş olması gerektiği, yardım edenlerin bu kapsamda birlikte işleme olarak değerlendirilemeyeceği** dikkate alınmadan sanık ... hakkında tayin edilen temel cezasının TCK'nın 292/3 maddesi gereğince artırım yapılarak fazla ceza tayini,... Bozmayı gerektirmiş,” Y13CD, 30.9.2020, E. 2020/4437 K. 2020/8362, lexpera.com.

²²⁵ Nitekim Yargıtay da TCK m. 292/3'deki suçun birden fazla kişi ile birlikte işlenmesi halinden ne anlaşılması gerektiğine ilişkin madde gerekçesinde bir açıklama bulunmasa da bir suçun birden fazla kişiyle birlikte işlenmesinin düzenlendiği diğer maddelerin (TCK m. 102/3-d; 149/1-c; 109/2-d) gerekçelerindeki açıklamalar gözönünde bulundurulmak suretiyle “suçun birden fazla kişi ile birlikte işlenmesi şeklindeki nitelikli halin oluşabilmesi için sanıkların icra hareketlerini müşterek fail olarak birlikte gerçekleştirmeleri ve bir eylem birlikteliği içerisinde hareket etmeleri gerektiği kabul edilmelidir” diye ifade etmiştir. Bu gerekçeyle hükümlülerden birinin kaçtığına gören diğer hükümlünün de verdiği ani kararla kaçtığı olayda sanıkların eylem birlikteliği içerisinde hareket ettiklerine ilişkin dosyada yeterli delil bulunmaması nedeniyle sanıkların üzerine atılı suçu müşterek fail olarak birlikte gerçekleştirmedikleri yönünde karar vermiştir, YCGK, 25.02.2014, E. 2013/9-467, K. 2014/89, **İlhan/Erel vd.**, s. 1398.

²²⁶ Doktrinde birlikte faillik ile suçun birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi nitelikli halinin birlikte uygulanabilirliği konusundaki eleştiriler için bkz. **Özbek**, Veli Özer: “Suç Genel Teorisi Bakımından Ortaya Çıkan Bazı Sorunlar ve Görüşlerimiz”, *CHD*, C. 6, Nisan 2011/15, s. 19-20; **Özbek**, Veli Özer/**Doğan**, **Koray/Bacaksız**, Pınar: *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 12. Baskı, Ankara 2021, s. 527-528; **Akbulut**, Genel Hükümler, s. 774-775.

²²⁷ Aksi görüş, bir arada hareketin evvelce anlaşmış olmayı gerektiğini ileri sürmektedir. **Erem**, C. 2, s. 1578; **Yener**, s. 92.

²²⁸ **Parlar/Hatipoğlu**, C. 4, s. 4407; **Parlar/Öztürk**, s. 515-516; **Meran**, s. 839; **Gökcan/Artuç**, C. 6, s. 9444; **Yıldız**, Özel Ceza Hukuku, s. 526.

hükümlüler de katıldığında suç birden fazla kişinin birlikte kaçması nitelikli hali kapsamında değerlendirilecektir. Ancak faillerin cezası belirlenirken tünel kazma hareketlerine katılma anları, ya da tünel kazma icra hareketinin ne kadarına katıldıklarının tespit edilerek cezanın belirlenmesi haksızlık muhtevası ile orantılı olmalıdır. Yine örneğin ikiden fazla kişi kaçmak için cebir veya tehdit uyguladıktan sonra başka bir koğuştaki arkadaşının kapısını açarak birlikte kaçtıkları olayda, kaçmaya sonradan dahil olan fail, diğer failler tarafından önceden uygulanmış olan cebir veya tehditten sorumlu olmamalı ve sadece birden çok kişinin kaçması nitelikli halinden cezalandırılmalıdır²²⁹. Diğer taraftan birlikte ifadesi faillerin aynı anda kaçmaları olarak da anlaşılmalıdır. Örneğin kaçışı kolaylaştırmak için biri kaçtıktan sonra dikkatlerin bu kaçışa odaklanmasından yararlanarak diğerinin daha sonra kaçması gibi farklı zamanlarda olabilir. Keza ceza infaz kurumunun farklı yerlerinden de kaçma gerçekleşebilir. Birinin kurumun ön duvarından atlayarak kaçmaya çalıştığı sırada diğerinin arka bahçe duvarından atlayarak kaçması çalışması gibi.

Bununla birlikte aynı anda aynı yerden olsa da kaçan iki kişi arasında birlikte işlemek hususunda anlaşma yoksa her biri yan fail olarak kendi fiilinden sorumlu tutulacaktır²³⁰. Aksi görüşe göre birlikte işleme iradesiyle kaçılmadığı takdirde, örneğin cezaevi kapısının açık olduğunu gören mahkumların bunu fırsat bilerek kimse kimseyle konuşmadan doğrudan kaçarlarsa bütün kaçan failler hakkında nitelikli hal uygulanacaktır. Fakat bu durumda adaletli bir cezalandırma ortaya çıkmayacaktır. Çünkü birbirlerinden habersiz, beraber kaçmak için anlaşmamış olmalarına rağmen fazla cezalandırma, diğerinin fiilinin cezasını öbürüne eklemek anlamına gelecektir.

Doktrinde “tutuklu ya da hükümlülerden biri, bir diğerinin kaçma eylemine tek taraflı olarak iştirak ediyorsa, nitelikli hal sadece onun bakımından uygulanmalı, birden fazla kişi ile birlikte kaçma iradesini taşımayan fail açısından söz konusu ağırlaştırıcı hal tatbik edilmemelidir”, denilmektedir²³¹. Kanaatimizce birden çok tutuklu ya da hükümlünün birlikte kaçması müşterek faillik olarak kabul edilince, birlikte suç işleme kararı, yani kaçmak için faillerin birlikte hareket etme konusunda iradelerinin uyuşması, anlaşması, ortak bir iradenin bulunması gerekmektedir. Eğer birbirlerinin hareketlerinden habersiz ve bunları birleştirmek düşünceleri yoksa müşterek faillikten bahsedilemez²³². Dolayısıyla bir suçun failine onun haberi olmaksızın ve tek taraflı iradeyle ister suçun işlenmesi başlanmadan önce isterse suçun icrası sırasında yardımında

²²⁹ Nitekim Yargıtay da bir kararında aynı hususa dikkat çekmiştir: “5- Sanık K3 hakkında cezaevinden firar etme suçundan kurulan hükme yönelik temyiz incelemesine gelinece; a) Sanığın olay sırasında ayrı bir hücrede bulunduğu ve bu nedenle mağdurların cebir, şiddet uygulanarak koğuşa kilitlenmesi olaylarına katılmadığı, ancak ikinci koğuştan firar eden sanıkların kendi hüccresinin kapısını açmaları sonucunda onlarla birlikte cezaevinden firar ettiği, eyleminin 5237 sayılı TCK.nun 292/1-3 madde ve fıkrasında yazılı suçu oluşturduğu gözetilmeden yazılı biçimde anılan yasanın 292/2-3 madde ve fıkralarıyla uygulama yapılması, Bozmayı gerektirmiş”, Y8CD, 16.10.2008, E. 2008/7822 K. 2008/11211, www.lexpera.com.tr

²³⁰ “Sanığın, cezaevi mutfak penceresi demirlerini kesme eylemini diğer sanıkların maddi manevi desteği ile biliştirak gerçekleştirdiği hususunda yeteri bir kanıt bulunmadığı, Mehmet tarafından kesilen pencereden sanığın yararlanarak kaçtığı anlaşılan olayda uygulanan madde ve fıkradaki firar suçunun mevsuf halinin oluşmadığı gözetilmeden sanık hakkında TCK. 298/1. maddesi yerine yazılı şekilde TCK. 298/3. maddesinin tatbiki suretiyle fazla cezaya hükmedilmiş bulunması bozmayı gerektirmiştir.”, Y8CD, 11.3.1988, 1687/2174, **Savaş, Vural/Mollamahmutoglu**, Sadık: *Türk Ceza Kanunu Yorumu*, C. 2, (Madde 125-315), Ankara 1995, s. 2711.

²³¹ **Gökçen/İçer**, s. 753-754; **Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır**, Özel Hükümler, s. 1267-1268.

²³² Bkz. **Özgenç**, Genel Hükümler, s. 599; **Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır**, Genel Hükümler, s. 678; **Koca/Üzülmez**, Genel Hükümler, s. 453; **Akbulut**, Genel Hükümler, s. 783, 785.

bulunulsun müşterek (birlikte) faillik olmaz. Fakat ortak iradenin varlığının zorunlu olmadığı yardım etme durumu gerçekleşir²³³. Bu itibarla kaçan failin fiiline tek taraflı iştirak eden kişi, kaçan kişinin fiiline yardım eden olarak katılmış olur. Ancak yardım etme fiili m. 294’de kaçmaya imkan sağlama olarak bağımsız suç olarak düzenlendiği için bu suçun faili olacaktır. Bununla birlikte başkasının kaçma fiiline iştirak eden kişinin kendisi de kaçmışsa diğerinin haberi olmadan, ortak irade oluşmadan kaçıldığı için yan fail olarak o da kendi kaçma suçunun faili olacaktır. Bu durumda kaçmaya imkan sağlama hareketi ayrı bir hareket, kendisinin kaçması da ayrı bir hareket kabul edildiğinde m. 292 ve m. 294’deki suçlardan ayrı ayrı sorumlu olacağı söylenebilecektir.

Ayrıca şunu da belirtmek gerekir ki birden çok tutuklu veya hükümlünün birlikte kaçması nitelikli halinin oluşabilmesi için en az iki kişinin birlikte fail olarak kaçmasının aranmasına rağmen, bu durumda yine de çok faili suçtan bahsedilemez²³⁴. Çünkü bu suç özünde tek faili suçtur, fakat suça katılanların sayısı suçun haksızlık muhtevasını artırmaktadır²³⁵.

VI. KUSURLULUĞU ETKİLEYEN NEDENLER

Hükümlü veya tutuklunun kaçması suçunda kusurluluğu etkileyen bir neden olarak zorunluluk hali üzerinde durulması gerekir. Çünkü hürriyetleri kısıtlanarak ceza infaz kurumunda veya tutukevinde tutulan hükümlü veya tutuklular; kurumdaki yaşam şartları, kurumdaki diğer hükümlü veya tutuklulardan kaynaklanan ölüm tehditleri, cinsel saldırı, taciz ve yaralama gibi devam eden fiillerden kurtulmak için ya da dışardaki yakınlarının yaşamı, cinsel dokunulmazlığı, vücut bütünlükleri gibi değerlere yönelik tehditleri²³⁶ engellemek istemek gibi birçok sebepten dolayı kaçabilmektedirler. Keza ceza infaz kurumunda çıkan bir patlamadan, yangından kurtulmak için kaçmak da mümkündür. Bu sebepler gibi başka sebeplerle de zorunluluk hali ileri sürülebilmektedir²³⁷. Dolayısıyla kaçmada zorunluluk halinin şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediği olay anına gidilerek titizlikle değerlendirilmelidir. Eğer cezaevinden kaçma halinde zorunluluk halinin şartları gerçekleşmişse kaçan hükümlü veya tutuklu zorunluluk halinden yararlanabilir. Fakat ağır tehlikenin geçmesiyle birlikte kaçan hükümlü veya tutuklunun tekrar teslim olması gerektiği açıktır²³⁸. Örneğin deprem, sel, heyelan nedeniyle veya ceza infaz kurumunda çıkan bir yangında hükümlü veya tutukluların yanmamak için cezaevinden kaçmaları zorunluluk hali kapsamında kabul edilebilir²³⁹. Çünkü yanmakta olan hapishaneden kaçan hükümlü veya tutukluların, yangının söndürülmesini veya birilerinin onu kurtarma ihtimali bulunduğu gerekçesiyle hücrelerinde beklemesi ya da kaçmayarak orada ölmesi istenemez. Zira

²³³ Demirbaş, Genel Hükümler, s. 517; Özgenç, Genel Hükümler, s. 602.

²³⁴ Bkz. Önok, R. Murat: *Yapısal Suçlarda Failin Tespiti: Müşterek Suç Girişimi (Joint Criminal Enterprise) ve Örgütsel Hakimiyete Dayalı Dolaylı Faillik Doktrinleri*, Ankara 2019, s. 38.

²³⁵ Bkz. Sancar, Türkan Yalçın: *Çok Faili Suçlar*, Ankara 1998, s. 27.

²³⁶ “Sanığın aşamalarda alınan ifadeleri ve 22.04.2014 günlü dilekçesinde ağabeyinin bir kişiyi öldürmesi nedeniyle tehdit altında olduğunu beyan ettiği ailesini korumak nedeniyle firar ettiği yönündeki soyut savunmasının 5237 sayılı TCK’nın 25. maddesi kapsamında değerlendirilemeyeceğinin anlaşılması karşısında, tebliğnamedeki bozma isteyen düşünceye iştirak edilmemiştir.”, Y16CD, 22.11.2016, 2016/4102-2016/6070, **Parlar/Öztürk**, s. 541.

²³⁷ Amerikan hukukunda ceza infaz kurumundan mahkumların kaçmasının zorunluluk hali kapsamındaki değerlendirmelerle ilgili geniş bilgi için bkz. Bekar, Elif: *Türk ve Amerikan Ceza Hukukunda Zorunluluk Hali*, Ankara 2013, s. 110 vd.; Kangal, Zorunluluk Durumu, s. 122-123.

²³⁸ Hakeri, Genel Hükümler, s. 416.

²³⁹ Bkz. Hakeri, Genel Hükümler, s. 412; Hafizoğulları/Özen, Millete ve Devlete Karşı Suçlar, s. 257; Gökçen/İçer, s. 755; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, Özel Hükümler, s. 1269.

söz konusu ihtimaller ölümden kurtulma amacına uygun değildir²⁴⁰. Bu itibarla hükümlü veya tutuklu ölüm tehlikesi nedeniyle hayatını kurtarmak için kaçmak suretiyle doğru bir tercih yapmış olmaktadır²⁴¹. Ancak hükümlü veya tutuklunun yangın söndürüldükten sonra kurumu terk etmemiş olması gerekir, aksi halde m. 292'deki suçtan sorumluluk bahis konusu olacaktır. Çünkü zorunluluk halini kurumdan zorunlu nedenlerden dolayı dışarı çıkmayla sınırlandırmak, tehlike ortadan kalktıktan sonra kurumu terk etmeyi yine icrai hareketle işlenen firar suçu olarak değerlendirmek gerekir.

Doktrinde “kendisine yönelik haksız bir eylemin etkisi altında iken kaçan hükümlü ya da tutuklunun haksız tahrik hükümlerinden yararlanması mümkündür (m. 29). Örneğin denetim ve gözetimi altında bulunduğu kolluk güçlerinin elinden, bu kimselerin kötü muameleleri dolayısıyla kaçan hükümlü ya da tutuklu, haksız tahrikten faydalanabilir” denilmektedir²⁴². Ancak bize göre hükümlü veya tutuklunun kaçması suçunda haksız tahrik kurumu uygulanabilir gözükmemektedir. Çünkü haksız tahrik kurumunun uygulanma şartlarından birisi tepki teşkil eden fiilin tahrik fiilini işleyen kişiye karşı yapılmasıdır. Oysa hükümlü veya tutuklunun kaçmasında belli bir kişiye yönelik yapılan bir fiilden bahsedilemez. Nitekim doktrinde tepki olarak işlenen suçun devlete ve topluma karşı bir suç olması halinde haksız tahrik kurumunun uygulanamayacağı ifade edilmektedir²⁴³. Dolayısıyla verilen örnekte kötü muameleyi yapan kolluk güçlerine karşı bir fiil yapılmamakta, ceza infaz kurumundan kaçılmaktadır. Bu bakımdan haksız tahrik kurumu uygulanmamalıdır. Fakat zorunluluk halinin uygulanabilirliği değerlendirilebilir.

Daha öncede belirtildiği üzere gerçekte suçsuz olmasına rağmen hakkında mahkumiyet kararı verilen ve kararı kesinleşen kişinin, suçsuz olması nedeniyle veya suçsuzluğu ispat etmek için kaçması yargılamanın yenilenmesi gibi yasal yolların öngörülmesi nedeniyle zaruret hali kapsamında değerlendirilmemektedir²⁴⁴.

VII. TEŞEBBÜS

Sırf hareket suçu olsa da kaçma hareketi kısımlara bölünebildiği için teşebbüse müsait bir suçtur. Teşebbüs m. 35 gereğince elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icra hareketlerine başladığı anda söz konusu olur. Kaçmak için elverişli olmayan hareketler bu suçu oluşturmaz²⁴⁵.

²⁴⁰ Bekar, s. 109.

²⁴¹ Bekar, s. 114.

²⁴² Gökçen/İçer, s. 755; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, Özel Hükümler, s. 1269; Aynı yönde Çolak, s. 1930.

²⁴³ Kangal, Zeynel T.: “Türk Ceza Hukukunda Haksız Tahrik”, *Erzincan Üniversitesi HFD*, C. 14, S. 3-4, 2010, s. 51; Demirbaş, Timur: *Haksız Tahrik*, 3. Baskı, Ankara 2021, s. 91; Akbulut, Genel Hükümler, s. 676.

²⁴⁴ Kangal, s. 336.

²⁴⁵ Yıldız, Özel Ceza Hukuku, s. 522. Nitekim Yargıtay’ın da kararlarında davaya konu olaylardaki hareketlerin kaçmak için elverişli olup olmadığının belirlendikten sonra hukuki durumun saptanması gerektiği belirtilmektedir: “...M Tipi Kapalı Ceza İnfaz Kurumunda tutuklu olarak bulunan suça sürüklenen çocuğun olay tarihinde diğer odalarda bulunan hükümlülerden sigara bulabilmek amacıyla havalandırma bahçesinde bulunan ... penceresinden çatıya tırmanıp çok kısa bir süre sonra aynı yoldan geri dönmesi şeklinde gerçekleşen somut olayda, suça sürüklenen çocuğun ceza infaz kurumu çatısına çıkmasının, iç ve dış güvenlik görevlileri ile firara karşı konulan teknik, mekanik, elektronik veya fizikî engelleri aşarak cezaevinden firar etmesine imkan verebilecek bir hareket olup olmadığının tespiti için olay mahallinde keşif yapıp sanığın cezaevi çatısına çıkmasının belirtilen engelleri aşarak cezaevinden firar etmesi sonucunu doğurup doğuramayacağının bilirkşi raporu ile tespit edilerek sonucuna göre suça sürüklenen çocuğun hukuki durumunun takdir ve tayini gerekirken yazılı şekilde eksik inceleme ile hüküm kurulması, Yasaya aykırı”, Y8CD, 1.10.2020, E. 2019/22605 K. 2020/16379; “Sanığın, firara teşebbüs ettiği kabul edilen cezaevinin kapalı bir cezaevi olduğu ve dava konusu olayın gündüz 13:00 sıralarında meydana geldiği, sanığın cezaevi çatısına çıkmasının, iç ve dış güvenlik

Aynı şekilde henüz hazırlık hareketi aşamasındaysa teşebbüsten bahsedilemez, sorumluluk doğmaz. Örneğin kaçmak için gerekli gördüğü demir kesen alet, tünel kazmak için kazma gibi vasıta temini hazırlık hareketi olup cezalandırılmaz²⁴⁶. Yargıtay bazı kararlarında jiletli tellere bez sermek eylemini²⁴⁷, ring aracında kelepçeyle uğraşılması ve kelepçenin anahtar deliğinde kırılmış tel parçası bulunmasını hazırlık hareketi olarak değerlendirmiştir²⁴⁸. Hatta kurum idare binasına götürüldükten sonra kaçmak için nizamiye kapısına koşmaya başlayan ve henüz kapıya varmadan görevlilerce yakalanan kişinin bu hareketi de hazırlık hareketi olarak nitelendirilmiştir²⁴⁹. Diğer bazı kararlarında ise pencerenin demir parmaklıklarının yarısının kesilmesini²⁵⁰, koğuş duvarında delik açma hareketini²⁵¹ icra hareketi kabul etmiştir. Kanaatimizce kaçmak için yapılan hareketlerin hazırlık hareketi mi yoksa icra hareketi mi tespitinin yapılabilmesi, bez serme, duvar delme, parmaklıkları kesmede olduğu gibi kaçma hareketi ile bu hareketler arasındaki zamansal yakınlık, bütünlük gözönünde bulundurularak kaçma hareketi bakımından doğrudan doğruya icraya başlama kriteri somut olayın özelliklerine göre değerlendirilmelidir.

görevlileri ile firara karşı konulan teknik, mekanik, elektronik veya fizikî engelleri aşarak cezaevinden firar etmesine imkan verebilecek bir hareket olup olmadığının tespiti için olay mahallinde keşif yapıp sanığın cezaevi çatısına çıkmasının belirtilen engelleri aşarak cezaevinden firar etmesi sonucunu doğurup doğuramayacağının bilirkişi raporu ile tespiti ve rapor sonucunda firara imkan olmadığının belirtilmesi durumunda, akli sağlığı hususunda dava dosyasına yansıyan iddia ve şüpheler bulunan sanığın eyleminin, akıl ve muvazene dışı davranış olup, ortada cezaevi disiplin mevzuatının uygulanmasını gerektiren ve işlenemez suç olduğu kabulü gereken bir eylem olduğu kabul edilerek hakkında beraat kararı verilmesi gerektiği gözetilmeden eksik araştırma ile yazılı şekilde hüküm kurulması, Yasaya aykırı,” Y8CD, 29.5.2018, E. 2018/5151 K. 2018/6088.

²⁴⁶ Bkz. **Gökcan/Artuç**, C. 6, s. 9441.

²⁴⁷ “Sanığın kalmakta olduğu cezaevi koğuşunun bahçe havalandırmasının üst tarafındaki jiletli tellere zarar görmeden geçmek amacıyla bez sermekten ibaret eyleminin, tasarlandığı tahmin edilen *hükümlü veya tutuklunun kaçması* suçunun hazırlık hareketleri kapsamında değerlendirilmesi gerektiği gözetilmeden unsurları itibarıyla oluşmayan *hükümlü veya tutuklunun kaçması* suçundan beraati yerine yazılı şekilde mahkumiyetine karar verilmesi, Bozmayı gerektirmiş,” Y16CD, 02.05.2016, E. 2016/474, K. 2016/2769,

²⁴⁸ “somut olayda, mahkumların hastaneye sevki sırasında ring aracında bulunan sanığın kelepçesinin pimini zorlamadığını, firar kastı olmadığını beyan ettiği, muayene sırasında kelepçenin anahtar deliği içinde kırılmış tel parçası bulunması nedeniyle hakkında atılı suçtan tutanak düzenlendiği ve tanık Y.. sanığın ring aracında kelepçesi ile uğraştığını gördüğünü ifade ettiği hususları birlikte değerlendirildiğinde, sanığın eyleminin atılı suçta teşebbüs olmayıp, hazırlık hareketi niteliğinde değerlendirilmesi gerektiği ve TCK'nın 292/1. maddesinde düzenlenen suçun yasal unsurlarını oluşturmadığı gözetilmeden beraati yerine yazılı şekilde hüküm kurulması,... Kanuna aykırı,” Y16CD, 19.11.2015, E. 2015/5944, K. 2015/4251, www.legalbank.net

²⁴⁹ “Hükümlü veya tutuklunun kaçması suçuna teşebbüs suçundan kurulan hükme yönelik temyiz incelemesinde; İzin dönüşünde ceza infaz kurumu girişinde yapılan üst aramasında uyuşturucu madde bulunan sanığın, işlem yapılmak üzere idare binasına götürüldükten sonra bir bahane ile kaçmak için nizamiye kapsına doğru koşmaya başlaması üzerine henüz kapıya varmadan tanık infaz koruma memurlarınca tutulduğunun anlaşılması karşısında eylemin hazırlık hareketleri kapsamında kaldığı gözetilmeden beraati yerine yazılı şekilde mahkumiyetine karar verilmesi, Kanuna aykırı,” Y16CD, 25.2.2016, E. 2015/7502 K. 2016/1395, www.lexpera.com.tr

²⁵⁰ “Mardin Kapalı Ceza İnfaz Kurumunda E-2 nolu koğuştaki kalan suçta sürüklenen çocukların cezaevinden kaçmak amacıyla koğuştaki pencerenin demir parmaklıklarının yarısını kestikleri, kaçamadan koğuştaki yapılan kısmi arama sırasında parmaklıkların kesik olduğunun fark edildiği olayda, eylemlerinin kamu malına zarar verme ve *hükümlü veya tutuklunun kaçmaya* teşebbüs etme suçlarını oluşturduğuna yönelik kabulde bir isabetsizlik görülmemiştir.” Y15CD, 21.10.2014, E. 2013/26751, K. 2014/16808, legalbank.net

²⁵¹ “Sanıkların tutuklu olarak buldukları kapalı ceza infaz kurumundaki koğuş duvarını delerek kaçmak istedikleri, duvarda delik açmaya başladıkları ancak infaz koruma memurlarının şüphe üzerine yaptıkları kontrolde durumun ortaya çıktığı olayda, hükümlü veya tutuklunun kaçması suçuna teşebbüs ve kamu malına zarar verme suçunun oluştuğuna yönelik kabulde bir isabetsizlik görülmemiştir”, Y15CD, 10.6.2015, E. 2014/18811, K. 2015/26541, <https://www.lexpera.com.tr/>

Doktrinde suçun tamamlanma anı bakımından farklı belirlemeler yapılmaktadır. Bir görüşe göre tutukevi veya ceza infaz kurumu sınırları dışına çıkıldığı an²⁵² veya gözetimi altında bulunduğu görevlinin egemenlik alanından çıkıldığı andır²⁵³. Diğer bir görüşe göre ise tamamlanma anı failin hürriyetine kavuştuğu andır²⁵⁴. Bize göre de fail ister kurumdan kaçmış olsun ister gözetimi altındaki görevlilerin elinden kaçmış olsun, görevlilerin egemenliğinden kurtulup serbestçe hareket imkanı kazandığı an, hürriyetine kavuştuğu andır²⁵⁵. Dolayısıyla failin kurum alanı dışına çıkmasına ya da görevlilerin elinden kurtulmasına rağmen kesintisiz takip sonucu yakalanması halinde suç tamamlanmış olmaz²⁵⁶. Örneğin cezaevi duvarından atladıktan sonra koşarken görevlilerin takibi sonucu yakalanması halinde ya da nakledilirken verilen mola sırasında bir fırsatını bulup kaçarken görevlilerin takibi sonucu yakalanması halinde teşebbüs sözkonusudur. Fakat fail kaçtıktan, özgürlüğünü elde ettikten sonraki süreçte kısa bir süre sonra da olsa bulunup yakalanması halinde suç tamamlanmış kabul edilmelidir²⁵⁷.

Hükümlü veya tutuklunun kaçması suçu teşebbüse müsait olduğuna göre gönüllü vazgeçme kurumu da sözkonusu olabilecektir. Fail kaçmak için icra hareketlerine başlamış, fakat kaçmayı tamamlamadan önce gönüllü olarak icra hareketlerine devam etmeyi bırakırsa gönüllü vazgeçmeden yararlanabilecektir²⁵⁸. Örneğin kaçmak için çatıya çıkmasına rağmen, ceza infaz kurumu sınırları dışına çıkmadan kurumun çatısından inerek tekrar içeri girmişse gönüllü vazgeçme uygulanabilecektir. Hatta ceza infaz kurumunun duvarından atladığı sırada onu gören infaz koruma görevlisi tarafından ikna edilerek firardan vazgeçmesi halinde de fail hakkında

²⁵² “Cezaevinden kaçarken bahçede yakalanan sanığın eyleminin eksik kalışma aşamasında kaldığının gözetilmemesi,” Y4CD, 18.11.1992, 6629/7141, Yaşar, Osman: *İçtihatlı Türk Ceza Kanunu*, Ankara 2001, s. 666; “Cezaevinden kaçma suçuna tam kalkışmanın olanaksız bulunduğu ve cezaevinin dışına çıkmakla cürmün tamamlandığı gözetilmeden yazılı şekilde T.C.K.’nin 299/2 ve 62. maddeleri ile hüküm kurulması, bozmayı gerektirmiştir”, Y4CD, 17.12.1991, 6926/7998, Erdurak, Yılmaz Güngör: *Türk Ceza Kanunu*, Yenilenmiş 3. Bası, Adil Yayınevi, Ankara 1994, 512.

²⁵³ Gerçekler, C. 2, s. 2588; Gökcan/Artuç, C. 6, s. 9441.

²⁵⁴ Özüttürk, s. 128; Majno, C. 2, s. 287; Hafizoğulları/Özen, Millete ve Devlete Karşı Suçlar, s. 257.

²⁵⁵ Bkz. Gökcen/İçer, s. 756; Artuk/Gökcen/Alşahin/Çakır, Özel Hükümler, s. 1253.

²⁵⁶ “sanığın hükümlü olarak bulunduğu cezaevinden, tel örgüler dışına çıkması sırasında eylemi gören jandarmalar tarafından kesintisiz takip sonucu, henüz jandarmaların kontrolünden çıkmadan yakalandığı anlaşılma, sanığın eyleminin teşebbüs aşamasında kaldığı gözetilmeden yazılı şekilde hüküm tesisi, Yasaya aykırı,” Y8CD, 15.02.2018, E. 2017/18155, K. 2018/1584, www.legalbank.net: “Kesinleşmiş hapis cezasının infazı için yakalanan sanığın cezaevi giriş kapısından içeri alınacağı sırada kaçtığı, ancak kesintisiz takip sonucu yakalandığı dosya kapsamından anlaşıldığından; suçun teşebbüs aşamasında kaldığı ve sanık hakkında tayin olunan cezadan TCK’nın 35. maddesi uyarınca indirim yapılması gerektiğinin gözetilmemesi, Kanuna aykırı,” Y9CD, 16.09.2014, E. 2014/5828, K. 2014/9174, www.legalbank.net: “Ceza İnfaz Kurumu tel örgülerinden atlayarak yanındaki kişilerle oradan uzaklaştıkları sırada cezaevi görevlileri tarafından araçla takip edilerek yanındaki diğer sanıkla birlikte yakalandığı anlaşılma, sanığın eyleminin teşebbüs aşamasında kaldığı nazara alınarak cezasından TCK’nın 35/2 maddesi gereğince indirim yapılması gerektiğinin gözetilmemesi,.. Kanuna aykırı,” Y16CD, 28.9.2016, E. 2016/2788, K. 2016/4866, lexpera.com.tr

²⁵⁷ “Sanığın, kesinleşmiş hapis cezası ile ilgili yakalama emrine istinaden yakalanıp İlçe Emniyet Müdürlüğüne getirildiğinde kaçıp, kısa bir zaman sonra kolluk görevlilerince takip edilerek yakalandığı, bu nedenle hükümlü ve tutuklunun kaçması eyleminin teşebbüs aşamasında kaldığının gözetilmesi,.. Kanuna aykırı”, Y18CD, 04.07.2017, E. 2015/32312, K. 2017/8380, legalbank.net. Karardan net anlaşılma ile birlikte fail görevlilerin elinden kaçmış, özgür hareket serbestisi kazanmış, bundan sonra takip edilerek yakalanmış ise suçun tamamlandığı kabul edilmelidir. Ama kesintisiz takip sonucu yakalanmış ise suçun teşebbüs aşamasında kaldığı söylenebilir.

²⁵⁸ Ünver, s. 625; Gökcen/İçer, s. 759; Artuk/Gökcen/Alşahin/Çakır, Özel Hükümler, s. 1272; Yıldız, Özel Ceza Hukuku, s. 523.

gönüllü vazgeçme kabul edilmelidir²⁵⁹. Keza kaçmak için kapıyı kırdıktan veya demirleri kestikten ya da kasten yaralamanın neticesi sebebiyle ağırlaşmış halini gerçekleştirdikten sonra kaçmaktan vazgeçen fail, m. 292'ye teşebbüsten değil, o ana kadar işlediği ve suç teşkil eden m.151-152'deki mala zarar verme suçundan veya neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralamadan sorumlu tutulacaktır²⁶⁰.

Nitelikli hallere ilişkin de teşebbüs hükümleri uygulanabilir. Örneğin kaçmak için cebir veya tehdit uygulamasına rağmen kaçamayan kişi nitelikli hale teşebbüsten sorumlu tutulacaktır²⁶¹.

VIII. İŞTİRAK

Hükümlü veya tutuklunun kaçması suçu bizzat işlenebilen bir özgü suç olduğu için herkes bu suçun faili olamaz, sadece bu sığata sahip olan kişiler faili olabilir. Ancak bizzat işlenebilen suç olmasına rağmen hükümlü veya tutuklu sıfatını taşıyanlar birlikte, müşterek fail olarak bu suçu işleyebilirler. Örneğin birden fazla hükümlü tünel kazmak suretiyle kaçtıkları takdirde müşterek fail olarak kaçma suçunu işlemiş olurlar. Fakat sorumlulukları m. 292/3'de yer alan birden çok failin birlikte işlenmesini nitelikli hal sayan bu fıkradan olacaktır. Aslında fıkradaki birden çok hükümlü veya tutuklunun birlikte bu suçu işlemesi hükmünün müşterek fail olarak işlenmesi şeklindeki kabul ile bu hüküm, bizzat işlenebilen kaçma suçunun müşterek faillik şeklinde işlenebileceğinin bir dayanağı olarak belirtilebilir.

Hükümlü veya tutuklu dışındaki kişilerin -örneğin infaz kurumu aşçısı, şoförü gibi- ya da hükümlü veya tutuklu olmakla birlikte kaçmayan kişilerin diğer hükümlü veya tutukluların kaçma hareketinin icrasına katılmaları halinde örneğin kaçmak isteyenlerle birlikte tüneli kazmaları durumunda ancak kaçan kişilerin fiillerine yardım etmiş olurlar. Diğer taraftan m. 294 hükmü, hükümlü veya tutuklunun kaçmasına imkan sağlamayı ayrı bir suç olarak düzenlediği için bu suçu da fail olarak gerçekleştirmiş olurlar ve failliğin şerikliğe asliliği ilkesi uyarınca sadece m. 294'den fail olarak cezalandırılırlar²⁶².

Bu suçun dolaylı faillik şeklinde işlenip işlenemeyeceği konusunda doktrinde farklı yaklaşımlar görülmektedir. Bazı yazarlar bizzat işlenebilen suçların dolaylı faillik şeklinde işlenemeyeceğinin tartışmasız olduğunu belirttikten sonra TCK'da bizzat işlenebilen suçlardan söz edilmediği için bizzat işlenebilen suç ayırımını kabul etmediğini ve bu nedenle özgü suçlardaki dolaylı faillikle aynı şekilde düşünülmesi gerektiğini ifade etmektedir. Örnek olarak da firar etmek isteyen tutuklu birinin, infaz koruma görevlisini ölümle tehdit ederek kendisini bayılıp gizlice tutukevinin dışına çıkarmaya zorlaması olayında tutuklunun iradesine hakim olduğu görevlinin davranışları aracılığıyla işlediği firar suçundan, dolaylı fail olarak cezalandırılabilceği

²⁵⁹ Y4CD, 17.10.2005, E. 2004/9046, K. 2005/9676; Y4CD, 4.11.1998, E. 7938, K. 9627, **Ünver**, s. 626, dpn., 1603.

²⁶⁰ Bkz. **Yıldız**, Özel Ceza Hukuku, s. 523. "Sanığın, tesbitten 2-3 ay önce eline geçirdiği testere ile cezaevi parmaklıklarından 33 cm.lik delik oluşacak biçimde iki demiri kestiği, daha sonra kaçmaktan kendiliğinden vazgeçtiği anlaşılmasına ve TCK. 61/son maddesine göre eyleminin TCK.nun 516/3, 522. maddeleri çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiği sözedilmeden yazılı şekilde TCK. 245/2. 62. maddeleriyle hüküm kurulması bozmayı gerektirmiştir.", Y8CD, 7.11.1985, 1927/8983, **Savaş/Mollamahmutoglu**, C. 2, s. 2711.

²⁶¹ "Kişilere karşı şiddet kullanmış ve kapı ve pencere kırıp duvar delmiş iken kaçamayan tutuklu ve hükümlüler hakkında suça kalkışmaya ait ceza hükümlerinin uygulanması gerekir", İç.Bir. K. 26.10.1932, 32/13, (**Yaşar**, s. 664).

²⁶² **Gökcan/Artuç**, C. 6, s. 9445.

savunulmaktadır²⁶³. Diğer bazı yazarlar ise suçu icra edenle fail arasında ayırım yapmayanlara göre bizzat işlenebilen suçlarda dolaylı failliğin olmayacağı, ancak suçu işleyenle failin aynı kişi olmasını aramayanlar açısından dolaylı failliğin olabileceğini belirttikten sonra bizzat işlenebilen suçlarda da suçu icra edenin bir başkası tarafından denetlenmesinin olabileceğini ileri sürmektedir. Örnek olarak da “Bir mahkumun cezaevinden firar etmesini sağlamak için mahkumun uyuşturularak tünel kazmasının sağlanması halinde, suçun icra hareketini yapanla fail farklı kişilerdir. Bir başka ifadeyle, suçun maddi unsurunu yapanla suç işleme kastı bulunanlar farklı kişilerdir. Bu durumda bir başkasına icra hareketlerini yaptıran kişi, dolaylı faillik hükümlerine göre sorumludur.” denilerek bu suçta dolaylı failliğin gerçekleşebileceği ifade edilmektedir²⁶⁴.

Hükümlü veya tutuklunun kaçması suçuna azmettiren olarak katılmak mümkündür. Örneğin ceza infaz kurumundaki diğer bir hükümlü veya tutuklu, görevli kimseler azmettirebileceği gibi kurum dışından da herhangi bir kimse azmettirebilir.

Yardım etme şekilleri de bu suçta gerçekleşebilir. Ama m. 294'deki kaçmaya imkan sağlamanın bağımsız bir suç olarak düzenlenmesi nedeniyle aslında m. 292'deki kaçma suçuna yardım etme niteliğindeki hareketler m. 294'deki kaçmaya imkan sağlama kapsamında değerlendirileceğinden m. 294'deki suçu oluşturacaktır. Bu yüzden m. 292'deki hükümlü veya tutuklunun kaçması suçu bakımından yardım etme şekillerinin hangisi olabileceği açıklanmaya ihtiyaç göstermektedir. TCK m. 39'da sayılan “failin işlenmesinde kullanılan araçları sağlamak” ve “suçun işlenmesinden önce veya işlenmesi sırasında yardımda bulunarak icrasını kolaylaştırmak” şeklindeki maddi yardım niteliğindeki hareketler m. 294'deki suç kapsamında değerlendirilecektir. Böyle bir durumda hükümlü veya tutuklunun kaçmasına, örneğin tünel kazmak için veya parmaklıkları kesmek için araç temini şeklinde yardım eden kişi m. 292'deki suça yardım eden olarak katılmış olsa da m. 294'deki suçu fail olarak gerçekleştirmiş olacağından failliğin şerikliğe önceliği ilkesi uyarınca sadece m. 294'den sorumlu tutulacaktır²⁶⁵. Ancak Yargıtay bir kararında kaçma sırasında gözcülük yapılmasını m. 292'deki suç açısından yardım etme olarak kabul etmiştir²⁶⁶. Manevi yardım şekilleri bakımından doktrinde, suç işlemeye teşvik,

²⁶³ Özyüksel, Özgün: *Türk Ceza Hukukunda Dolaylı Faillik*, Ankara 2021, s. 271-272.

²⁶⁴ Aydın, s. 162-163.

²⁶⁵ Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, *Özel Hükümler*, s. 1270; Gökçen/İçer, s. 757. Nitekim bir Yargıtay kararının karşı oy yazısında aynı yönde vurgu yapılmaktadır: “Özgül suçlardan olup, suçun faili hükümlü ya da tutuklu olmalıdır. Bu suçta kural olarak, iştirake ilişkin genel hükümler uygulanamayacağı, eylemleri ile firarın gerçekleşmesini sağlayan kişilerin kural olarak bu suçun özgül suç olması nedeniyle (TCK.nun 40/2) yardım eden olarak sorumlu tutulacağı düşünülse de TCK.nun 294. maddesinde tutuklu veya hükümlünün kaçmasına imkan sağlama eylemi müstakil bir suç olarak düzenlenmiştir. “Failin şerikliğe göre asliliği ilkesi” uyarınca bu kişilerin yalnızca TCK.nun 294. maddesinde düzenlenen “kaçmaya imkan sağlama” suçunun faili olarak sorumludurlar. Nitekim TCK.nun 294. maddesinin gerekçesinde “...Aslında bu fiiller gözaltına alınanın, tutuklunun veya hükümlünün kaçması suçlarına iştirak niteliği taşımaktadır. Ancak, izlenen suç siyaseti gereğince, bunların bağımsız suç olarak tanımlanması gereği duyulmuştur...” ifadesine yer verilmiştir. Bu açıklamalar ışığında somut olay incelendiğinde; iddia ve kabule göre; ... Açık Ceza İnfaz Kurumunda hükümlü olarak bulunan sanığın aynı cezaevinde hükümlü olarak bulunan ...'ün kendi sırtına basarak tel örgülerin üzerinden atlayarak kaçmasına yardım ettiği olayda sanığın eyleminin TCK.nun 294/2. maddeleri kapsamında düzenlenen kaçmaya imkan sağlama suçunu oluşturduğu halde yazılı şekilde karar verilmesi nedeniyle CMUK.nun 326/son maddesi gözetilerek hükmün bozulması gerektiğinden sayın çoğunluğun onama görüşüne iştirak etmiyoruz.”, Y8CD, 18.12.2018, E. 2018/8992, K. 2018/14527, www.kazanci.com.tr

²⁶⁶ “Olay yeri tespit tutanağına da yansıyan eylemde sanık ...'ün ip fonksiyonu görece hale getirilip cezaevinin çatısına bağlanan çarşafa tırmanmış ve firar girişiminde bulunduğunu düşündürecek bir vaziyette yakalandığı, diğer sanıkların da cezaevi personelinin gelişini kontrol ederek avluda ona gözcülük yapar vaziyette oldukları

suç işleme kararını kuvvetlendirme, fiilin işlenmesinden sonra yardımda bulunacağını vaad etme ya da suçun nasıl işleneceği hususunda yol gösterme gibi manevi yardım niteliğindeki hareketlerin hükümlü veya tutuklunun kaçması suçuna yardım etme olarak değerlendirilebileceği ifade edilmektedir²⁶⁷.

Kanaatimizce nasıl kaçacağına ilişkin yol gösterme ve talimat verme gibi hareketler m. 294'deki kaçmaya imkan sağlama olarak değerlendirilebilir. Nitekim 294. madde gerekçesinde suçluya yol göstermek, talimat vermek, kaçmayı kolaylaştırıcı imkan sağlayıcı hareket olarak sayılmıştır. Teşvik, kararı kuvvetlendirme ve vaatte bulunma manevi yardım etme hareketlerinin m. 294'deki suç açısından imkan sağlayıcı olma özellikleri bulunmadığından m. 292 açısından manevi yardım etme kapsamında ele alınabilir.

Hükümlü veya tutuklunun kaçması suçunun bizzat işlenebilen suç olması nedeniyle fail olamayan hükümlü veya tutuklunun kaçmasına engel olmakla yükümlü olan görevlilerin hükümlü veya tutuklunun kaçmasına engel olmaması, ihmali davranması, m. 292'deki suça yardım eden olarak değerlendirilecektir²⁶⁸. Fakat m. 294'de hükümlü veya tutuklunun kaçmasına yardım etme fiilleri bağımsız bir suç olarak düzenlendiği için ve bu suçun ihmali şekilde de işlenebilmesi mümkün olduğu²⁶⁹ için görevliler, failliğin şerikliğe önceliği ilkesi gereğince sadece m. 294'den sorumlu tutulacaklardır.

Hükümlü kendi başına kaçamayacağını düşünerek kendisinin kaçmasını sağlaması için birini azmettirmek suretiyle kaçması halinde azmettirilen kişi m. 294 gereğince kaçmaya imkan sağlama suçundan sorumlu olacaktır. Hükümlü ise azmettirileni m. 294'deki suça azmettirmekle birlikte m. 294'deki suça kendi iradesiyle kaçmak suretiyle zorunlu şerik olarak da katılmaktadır²⁷⁰. Fakat hükümlü aynı zamanda kaçması nedeniyle m. 292'deki hükümlünün

nazara alındığında; sanıkl ...'ün firar safhasına geçildiğini gösteren bir eylemlerinin tespit edilmediği, tespit edilen eylemlerinin gözcülükten ibaret olduğu nazara alınarak, **sanık ... hakkında hükümlü veya tutuklunun kaçması suçunda TCK'nın 39/1 maddesi uyarınca yardım eden sıfatıyla cezalandırılmaları gerekirken** hatalı bir şekilde uygulama yeri olmayan TCK'nın 37. maddesi ve TCK'nın 292/3 maddesi uygulanarak fazla ceza verilmesi,... Bozmayı gerektirmiş,” Y13CD, 30.9.2020, E. 2020/4437, K. 2020/8362, www.lexpera.com.tr.

²⁶⁷ **Gökçen/İçer**, s. 757; **Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır**, Özel Hükümler, s. 1270.

²⁶⁸ **Akbulut**, Bağlılık Kuralı, s. 193, s. 187, 188; **Akbulut**, Genel Hükümler, s. 801.

²⁶⁹ **Ünver**, s. 632.

²⁷⁰ Doktrinde suçun konusunu oluşturan kaçan kişilerin m. 294'deki suçun faili veya şeriki olamayacakları ifade edilmektedir. **Gökcan/Artuç**, C. 6, s. 9469. Yine kaçması sağlanan kişinin m. 294'deki suçun şeriki sayılamayacağı belirtilmektedir. **Yıldız**, Özel Ceza Hukuku, s. 550. Ancak doktrinde bazı yazarlarca suçluyu kayırma suçu için yaptıkları açıklamalarda saklanan sanık veya mahkumun da saklanmayı kabul etmekle zorunlu olarak bu suça iştirak ettiğini, hatta sanık veya mahkumun kendini saklaması için azmettirmiş de olabileceği belirtilerek m. 283'deki suçun zorunlu şeriki durumunda oldukları kabul edilmektedir (**Özgenç**, Genel Hükümler, s. 580, dnp. 1004). Bize göre de hükümlü veya tutuklunun kendilerinin kaçmasını sağlaması için birisini azmettirmesi mümkündür. Nitekim Alman İmparatorluk Mahkemesi verdiği bir kararında bu hususa değinmiştir: “Hükümlü, bir başkasını kendisinin kaçmasını sağlaması için azmettirmiş ise, bu azmettirme hareketi yoluyla basit kaçmadan farklı, başka bir kişinin suçuna neden olan ayrı bir suç tipini oluşturan hareketi mevcuttur”, (RGSt 3, s. 140, aktaran, **Çelen**, s. 120, dnp. 334). Keza hükümlü veya tutuklunun birisinin imkan sağlayıcı hareketiyle kaçması mümkündür ve bu durumda m. 294'deki suça zorunlu şerik olarak katılmış olmaktadır. Her ne kadar kaçmaya imkan sağlayıcı hareketler aslında firar suçuna şerik niteliğindeki hareketler olsa da bağımsız bir suç olarak düzenlenmesi nedeniyle bu suç açısından zorunlu şeriklik durumu oluşacaktır. Fakat tutuklu veya hükümlünün bizatihi kaçması suç oluşturduğu için failliğin şerikliğe önceliği ilkesi uyarınca sadece m. 292'den sorumluluk tayin edilecektir.

kaçması suçunu da fail olarak gerçekleştirmiş olmaktadır. Bu durumda hükümlüyü failliğinin şerikliğe önceliği ilkesine göre sadece m. 292'den cezalandırmak gerekmektedir.

IX. İÇTİMA

Hükümlü veya tutuklunun kaçması suçunun nitelikli halinde bağımsız bir başka suçtan açıkça bahsedilmesi nedeniyle bileşik suç gerçekleşebilecektir. Maddenin ikinci fıkrasındaki suçun cebir veya tehditle işlenmesi nitelikli halinde bileşik suç sözkonusu olacaktır ve fail cebir veya tehditten ayrıca cezalandırılmaksızın sadece m. 292/2'den sorumlu tutulacaktır²⁷¹.

Bu suçun zincirleme suç (m. 43/1) şeklinde işlenip işlenemeyeceği üzerinde de durulması gerekir. Yargıtay bir kararında açık cezaevindeki her bir firarı ayrı ayrı hükümlü veya tutuklunun kaçması suçunu oluşturacağını belirterek, zincirleme suç uygulanarak eksik ceza tayin edilmesini bozma nedeni kabul etmiştir²⁷². Eski tarihli bir kararında ise “Sanıkların iki ayrı günde, iki kez firara kalkışmış olmaları hali bir suç işlemek kararının icrası cümlesinden olarak, uygulama maddesinin iki kez ihlali sayılması ve sonuçta haklarında TCK.nun 80. maddesinin uygulanmasının gerekliliği karşısında anılan maddenin uygulanmaması”, diyerek aksi görüşte karar vermiştir²⁷³. Doktrinde ise haklı olarak zincirleme suç hükümlerinin uygulanabileceği belirtilmektedir²⁷⁴. Bir suç işleme kararının icrası kapsamında, örneğin cezaevine giren hükümlü girdiği ilk günden itibaren ben buradan kesinlikle kaçacağım düşüncesiyle farklı zamanlarda birden fazla kaçmayı denemiş olsa zincirleme suç kabul edilebilecektir. Cezaevinden kaçtıktan sonra yakalanıp tekrar cezaevine konulan kişinin sonraki kaçma girişimi yine zincirleme suç kapsamında değerlendirilebilecek ve tamamlanmış suç esas alınarak artırım uygulanacaktır. Fakat kaçma hareketinin tamamı teşebbüs aşamasında kalmışsa teşebbüsten belirlenen ceza üzerinden zincirleme suç gereğince artırım yapılacaktır.

Aynı neviden fikri içtimanın (43/2) gerçekleşebilirliği üzerinde durulacak olursa; bu içtima türünün düzenlendiği m. 43/2'ye bakıldığında hükmün uygulanması bakımından suçlar arasında (m. 43/3'deki istisna tutulan suçlar dışında) herhangi bir ayırım yapılmamış²⁷⁵, suçlar aynı olmak şartıyla bütün suçlarda uygulanması kabul edilmiştir²⁷⁶. Ancak aynı neviden fikri içtimanın gerçekleşebilmesi için m. 43/2'de aynı suçun birden fazla kişiye karşı tek bir fiille işlenmesi aranmıştır. Buna göre ortada tek bir fiil olacak, aynı suç olacak ve bu suç tek fiille birden fazla

²⁷¹ **Gökçen/İçer**, s. 758; **Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır**, Özel Hükümler, s. 1271; **Aksoy İpekçioğlu**, s. 55; **İçel**, s. 207; **Özbek/Doğan/Bacaksız**, Genel Hükümler, s. 554; bu suçta tehdidin bileşik kapsamında kaldığına dair **Özbek**, Veli Özer/Doğan, Koray/Bacaksız, Pınar: *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 16. Baskı, Ankara 2021, s. 410; cebirin bileşik suç kapsamında kaldığına dair **Özbek/Doğan/Bacaksız**, Özel Hükümler, s. 423-424; **Kangal**, Cebir Suçu, s. 611.

²⁷² “Sanığın .. Açık Ceza İnfaz Kurumunda kaldığı sırada gerçekleştirdiği firar eylemlerinden her birinin ayrı ayrı 5237 sayılı TCK'nın 292. maddesinde düzenlenen “hükümlü veya tutuklunun kaçması” suçunu oluşturduğu gözetilmeden, yazılı şekilde zincirleme suç hükümlerinin uygulanması suretiyle eksik ceza tayini, // - Sanık F.. S.'in .. Açık Ceza İnfaz Kurumunda kaldığı sırada gerçekleştirdiği firar eylemlerinden sonra her seferinde kendi iradesi ile cezaevine geri döndüğü anlaşılmış olup; buna göre adı geçen sanık hakkında 5237 sayılı TCK'nın 293. maddesinde karşılığını bulan “etkin pişmanlık” hükümlerinin uygulanması gerektiğinin gözetilmemesi, Y23CD, 26.11.2015, E. 2015/14304, K. 2015/7251, kazanci.com

²⁷³ Y8CD, 29.06.1993, 3899/7789, **Yaşar**, s. 662.

²⁷⁴ Bkz. **Gökçen/İçer**, s. 758; **Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır**, Özel Hükümler, s. 1271; **Hafizoğulları/Özen**, Millete ve Devlete Karşı Suçlar, s. 257.

²⁷⁵ **Koca/Üzülmez**, Genel Hükümler, s. 542.

²⁷⁶ **Akbulut**, Genel Hükümler, s. 907.

kişiye karşı işlenecektir. Birden fazla kişi ifadesinden anlaşılması gereken birden fazla mağdur, yani farklı mağdurların olmasıdır. Çünkü tek bir fiille aynı mağdura karşı aynı suçun birden fazla işlenmesi mümkün değildir²⁷⁷. Bu bakımdan aynı neviden fikri içtimadan bahsedilebilmesi için aynı fiille birden çok mağdura karşı aynı suçun işlenmesi gerekmektedir. Hükümlü veya tutuklunun kaçması suçunda ise mağdur toplumdur, yani toplumu oluşturan her bir bireydir. O halde mağduru toplum olan bu suçta aynı neviden fikri içtimanın sözkonusu olabilmesi için aranan birden çok mağdura, yani farklı mağdurlara karşı işlenmesi şartının gerçekleşmesi mümkün müdür? Bir diğer ifadeyle mağduru toplum olan suçlarda aynı neviden fikri içtima gerçekleşebilir mi? Mağduru toplum olan suçlarda aslında suçun toplumu oluşturan her bir bireye, yani birden çok kişiye karşı işlendiği ve birden çok kişinin mağdur olarak kabul edileceğinden hareketle aynı neviden içtimada aranan birden fazla kişiye karşı işlenmiş olma şartının gerçekleştiği ileri sürülebilir²⁷⁸. Fakat m. 43/1 son cümlesinde yer alan “*Mağduru belli bir kişi olmayan suçlarda da bu fıkra hükmü uygulanır.*” ifadesi mağduru belli bir kişi olmayan suçları aynı mağdur olarak kabul ederken aynı neviden fikri içtima açısından mağduru toplum olan, belli bir kişi olmayan suçlarda farklı mağdur kabul etmek çelişki oluşturacaktır. Bu nedenle aynı neviden fikri içtimanın mağduru toplum olan suçlarda değil²⁷⁹, mağduru belirli olan suçlarda uygulama imkanı bulacağı söylenebilir²⁸⁰. Yine mağduru toplum olan suçlarda da eğer belli kişi(ler) de mağdur ise aynı neviden içtimadaki farklı mağdurlara karşı işlenmiş olma şartının gerçekleştiği savunulabilir. Diğer taraftan aynı neviden fikri içtimadan söz edilebilmesi için mağdurların farklı olması yetmemekte, konuların da farklı olması gerekmektedir²⁸¹. Oysa hükümlü veya tutuklunun kaçması tek konu üzerinde gerçekleşmektedir. Dolayısıyla aynı neviden fikri içtima bu suçta gerçekleşemez.

Burada TCK m. 292/4’de yer verilen özel içtima düzenlemesine²⁸² de değinmek gerekir. Failin kaçmak için kişilere cebir uyguladığı durumlarda ayrıca kasten yaralama da oluşmaktadır²⁸³. Fakat kasten yaralama cebir nitelikli hali kapsamında kaldığı takdirde yukarıda belirtilen bileşik suç hükümleri gereğince sadece m. 292/2’den sorumluluk belirlenecektir. Yani kullanılan cebrin m. 86 kapsamında kalması halinde m. 292/2. fıkradaki cebir olarak değerlendirilip yaralamadan ayrıca ceza verilmeyecek, cebir kabul edilip nitelikli hal uygulanacaktır. Bununla birlikte kaçmak için kullanılan cebrin m. 87’deki kasten yaralamanın neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralamaya neden olması durumunda ise m. 292/4. fıkrası gereğince gerçek içtima uygulanarak hem m.

²⁷⁷ Akbulut, Genel Hükümler, s. 906.

²⁷⁸ Bu yönde bir anlayış olabileceği yönünde bkz. Katoğlu, Tuğrul: “Ceza Hukukunda Suçun Mağduru Kavramının Sınırları”, *Ankara Üniversitesi HFD*, C. 61, S. 2, 2012, s. 689.

²⁷⁹ “Genel güvenliğin kasten tehlikeye sokulması suçunun “tehlike suçu” niteliğinde olduğu, bu suçun belirli kişilere karşı işlenmediği, toplumdaki kişilerin zarar görme tehlikesini doğurduğu gözetilerek, TCK’nın 43/2.maddesindeki zincirleme suç hükmünün uygulanamayacağına gözetilmemesi”, Y4CD, 11.06.2015, 9584/31050, Otacı, Cengiz/Öztekin, Murat/Özyadın, Fatih: *TCK Genel Hükümleri Yargıtay Yorumu, (2013-2015 Kararları)*, 2. Baskı, Ankara 2016, s. 690.

²⁸⁰ https://cdn-acikogretim.istanbul.edu.tr/auzefcontent/20_21_Guz/ceza_hukuku/11/index.html#konu-6

²⁸¹ Özgenç, Genel Hükümler, s. 688; Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s. 542; Akbulut, Genel Hükümler, s. 907.

²⁸² Ünver, s. 626; Parlar/Hatipoğlu, C. 3, s. 4408. Fıkranın ifadesinin sorunlu olduğu, neticesi sebebiyle ağırlaşmış hal düzenlemesi olarak da anlaşılabilirliği yönündeki eleştiriler için bkz. Ünver, s. 626-627; Yıldız, Özel Ceza Hukuku, s. 526-527.

²⁸³ Nitekim cebir suçunun düzenlendiği TCK m. 108’in gerekçesinde de “Cebir kullanma suçu, aynı zamanda kasten yaralama suçunu oluşturmaktadır”, denilerek bu husus belirtilmiştir.

292/2'den hem de m. 87'den ayrı ayrı sorumluluk tespit edilecektir²⁸⁴. Ancak doktrinde cebir kapsamındaki yaralamanın, sadece basit tıbbi müdahaleyle giderilebilecek olan (m. 86/2) yaralama olması gerektiği, m. 86/2 dışındaki yaralama (m. 86/1, 3) ve neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama (m. 87) olması halinde ayrıca bu suçlardan da sorumlu olması gerektiği de ileri sürülmektedir²⁸⁵. Bize göre bu görüş kabul edildiği takdirde bir cebir kullanma fiilinden dolayı hem cebir kullanma nitelikli halden, hem de cebir kullanılarak yaralamadan failin sorumlu tutulması söz konusu olur ki, aynı fiilin iki defa ayrı ayrı cezalandırılması gibi bir sonuç ortaya çıkarır.

Doktrinde cebir uygulaması sonucunda kasten öldürme suçunun da oluşması halinde m. 292/2'den ve ayrıca kasten öldürmeden ceza verileceği ifade edilmektedir²⁸⁶. Ancak bize göre bir ayırım yapılmalı ve kasten öldürme, uygulanan cebir sonucu kişinin öleceği olası kast kapsamında olduğu tespit ediliyorsa ancak o zaman olası kastla kasten öldürmeden sorumluluk tayin edilmelidir. Cebir uygulaması sonucu taksirle ölüm olayının meydana geldiği hal ise neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama kapsamında m. 87/4'de düzenlendiği için bu fıkra hükmü uygulanmalıdır. Doğrudan kastla öldürme işlendiğinde zaten kasten öldürme (m. 81 vd) suçundan sorumluluk belirlenmelidir²⁸⁷. Hatta kaçma suçunun işlenmesini kolaylaştırmak için öldürme gerçekleştirilmişse TCK m. 82/1-h'deki bir suçun işlenmesini kolaylaştırmak için öldürme nitelikli halinden cezalandırılmalıdır.

Kaçma esnasında eşyaya zarar vererek, örneğin kapıların, camların kırılarak, demir parmaklıkların kesilerek, kaçılması halinde m. 292 ve m. 151-152'den ayrı ayrı ceza verilecektir²⁸⁸. TCK m. 292/4. fıkarda eşyaya zarar verilmesinden bahsedilmekte ve eşyanın kime ait olduğuna ilişkin bir belirleme yapılmamaktadır. Bu itibarla eşyanın kime ait olduğu önemli değildir, kaçarken ceza infaz kurumuna ait eşyaya veya diğer kişilere, hükümlü veya tutuklara ait eşyaya zarar verilmesi halinde mala zarar verme suçundan sorumluluk sözkonusu olacaktır. Elbette ki kamu malına zarar verme gibi m. 152'deki nitelikli haller de gözönünde bulundurulacaktır²⁸⁹.

²⁸⁴ **Gökcan/Artuç**, C. 6, s. 9443, 9444, 9445; **Uğraş**, s. 55-56. “Tutuklu sanığın, cezaevine götürülmek istendiği sırada görevli polislerin elinden kaçtığı ve yakınan polis Ömer K.'yı sol el bilek korpall kemik dorsal yüzde kırık oluşacak şekilde yaraladığının anlaşılması karşısında; sanığın 5237 s. kanununun 292/2. maddesi ve ayrıca aynı maddenin 4. fıkrası uyarınca anılan kanununun 87/3. maddesi gereğince cezalandırılması gerekirken yaralama eyleminin kaçma suçunun içerisinde eritilerek hüküm kurulması, Yasaya aykırı,” Y4CD, 30.05.2007, E. 2007/2951, K. 2007/5119, www.legalbank.net

²⁸⁵ **Meran**, s. 837; **Çolak**, s. 1931.

²⁸⁶ **Gökcan/Artuç**, C. 6, s. 9445.

²⁸⁷ Bkz. **Yıldız**, Özel Ceza Hukuku, s. 527.

²⁸⁸ “...etrafını çevreleyen tel örgünün kurumun arka sol köşesinde bulunan kısmındaki demir direği kırmak ve tel örgüyü kesmek suretiyle kamu malına zarar vererek cezaevinden firar ettikleri somut olayda; ... hükümlü veya tutuklunun kaçması ile kamu malına zarar verme suçlarının oluştuğuna yönelik kabulde bir isabetsizlik görülmemiştir.” Y15CD., 26.2.2015, E. 2014/2725 K. 2015/21600, <https://www.lexpera.com.tr/>; “5237 sayılı TCK.nun 292/2. madde ve fıkrasında, cebir ve tehdit kullanılarak suçun işlenmesi halinin düzenlendiği, sanığın hükümlü bulunduğu cezaevinin penceresinin demir parmaklıklarını keserek firara teşebbüs edip, cebir ve tehdit kullanmadığının anlaşılması karşısında; sanığa aynı yasa ve maddenin 1. ve 3. fıkraları uyarınca ceza tayini gerekeceğinin gözetilmemesi ve ayrıca cezaevi penceresinin demir parmaklıklarının kesilmesi nedeniyle mala zarar verme suçu gerçekleştiği halde, bu suçtan hüküm kurulmaması,” Y8CD, 03.10.2006-6378/7185, www.kazanci.com.tr

²⁸⁹ “Ordu Kapalı Ceza İnfaz Kurumunda D-8 koğuşunda hükümlü olarak kalan sanıkların, eylem ve fikir birliği içerisinde hareket ederek buldukları koğuşun banyosunun zeminindeki fayansları kırıp kaldırdıktan sonra kaçmak amacıyla 7 gün süresince kazı yaparak 13 metre uzunluğunda tünel oluşturdukları, kazı yaptıkları sırada

TCK m. 292/4 düzenlemesine göre kaçma sırasında işlenen kasten yaralamanın neticesi sebebiyle ağırlaşmış hallerinin²⁹⁰ veya kasten öldürmenin ya da eşyaya zarar verilmesinin hepsinin aynı olayda gerçekleştiği durumlarda da her birinden ayrı ayrı ceza verilmesi gerekir. Örneğin kaçarken hem cebir kullanılmış hem kasten öldürme gerçekleştirilmiş hem de eşyaya zarar verilmiş ise hükümlü veya tutuklunun kaçması suçunun nitelikli halinden (m. 292/2), kasten öldürmeden (m. 81-82) ve mala zarar verme suçundan (m. 151-152) ayrı ayrı sorumluluk belirlenecektir. Ayrıca bu hüküm, fıkradaki belirtilen suçların faile engel olmaya çalışan görevlilere ya da diğer hükümlü veya tutuklulara karşı²⁹¹ veyahut da herhangi bir kişiye karşı işlenmesi halinde de uygulanacaktır. Keza hükümlü veya tutuklunun kaçması suçu tamamlanmış olmasa da 292/4. fıkroda belirtilen suçlardan dolayı ayrıca sorumluluk belirlenebilecektir.

Failin m. 292/2 ve 4. fıkralarındaki sayılan suçların dışındaki suçları kaçma sırasında işlediği takdirde, örneğin tutuklunun görevlilerin gözetimi altında iken araç ile kaçması ve beraberinde araçtaki bir görevliyi de götürmesi halinde kaçma suçu (m. 292), hırsızlık (m. 141, 142) ve hürriyetten yoksun kılma (m. 109) suçları oluşacak ve fikri içtima kuralları (m. 44) uygulanarak en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırılacaktır²⁹².

Ceza infaz kurumu veya tutukeviden kaçarken silah kullanılması halinde eğer bu silah infaz kurumuna veya tutukevine sokulmuş ya da bulundurulmuş bir silah ise fail ayrıca TCK m. 297 gereğince de cezalandırılacaktır. Ama kaçmada kullanılan silah örneğin, infaz koruma memurlarının silahı ise m. 297'den sorumluluk doğmayacaktır²⁹³. Bununla beraber kurumdayken kaçmada kullanılan silah aynı zamanda 6136 sayılı kanuna aykırılık oluşturan bir silah ise bu takdirde m. 297/1. fıkranın son cümle düzenlemesi gereğince fikri içtima hükümlerine göre belirlenecek ceza yarı oranında artırılarak sorumluluk tayin edilecektir. Keza kaçma infaz kurumu ya da tutukevi dışında görevlilerin gözetiminden kaçma şeklinde gerçekleşmişse m. 297 uygulanamayacak, ancak 6136 sayılı kanuna muhalefet teşkil eden bir silah kullanımı varsa fail ayrıca 6136 sayılı kanuna muhalefetten dolayı cezalandırılacaktır²⁹⁴.

Kaçmak için evrakta sahtecilik yapılmışsa m. 212 gereğince ayrıca bu suçtan da sorumluluk doğacaktır.

çıkardıkları molozları ise koğuşun üst katında bulunan yatakhaneye taşıyarak ve üzerlerini de battaniyelerle örterek gizledikleri, tüneli bu şekilde tamamlayan sanıkların kaçmak için hazırlık yaptıkları sırada görevli infaz koruma memurları tarafından durumun farkedilmesi üzerine yakalandıklarının iddia edildiği olayda; Oluşa, sanıkların ikrar içeren savunmalarına, görgü tespit ve olay tutanağına, tanıkların anlatımlarına ve tüm dosya kapsamına göre; sanıkların, bu şekilde gerçekleştirdikleri sabit görülen eylemlerinin nitelikli mala zarar verme ve hükümlü veya tutuklunun kaçması suçlarını oluşturduğuna yönelik mahkemenin kabulünde bir isabetsizlik görülmemiştir.”, Y15CD, 12.5.2014, E. 2013/18257 K. 2014/9291, www.lexpera.com.tr

²⁹⁰ “Tutuklu sanığın, cezaevine götürülmek istendiği sırada görevli polislerin elinden kaçtığı ve yakınan polis...yı sol el bilek korpall kemik dorsal yüzde kırık oluşacak biçimde yaraladığının anlaşılması karşısında; sanığın 5237 sayılı yasanın 292/2. maddesi ve ayrıca aynı maddenin 4. fıkrası uyarınca anılan yasanın 87/3. Maddesi gereğince cezalandırılması gerekirken yaralama eyleminin kaçma suçunun içinde eritilerek hüküm kurulması”, Y4CD, 30.05.2007, 2951/5119, Artuk/Gökçen/Yenidünya, C. 5, s. 7991.

²⁹¹ Arslan/Azizağaoğlu, s. 1187; Parlar/Hatipoğlu, C. 3, s. 4408.

²⁹² Gökçen/İçer, s. 758-759; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, Özel Hükümler, s. 1271.

²⁹³ Ancak silahın alınma şeklinin oluşturduğu hırsızlık, yağma gibi suçtan da ayrıca cezalandırılabileceği gözönünde bulundurulmalıdır.

²⁹⁴ Bkz. Parlar/Hatipoğlu, C. 3, s. 4408; Uğraş, s. 59.

İçtima konusunda son olarak hangi durumlarda görevi yaptırmamak için direnme suçunun oluşacağı hangi durumlarda ise cebir veya tehditle kaçma nitelikli halinin oluşacağı belirlenmelidir.

Hükümlü veya tutuklunun kaçması suçunun oluşmadığı kaçma olaylarında, örneğin yakalanan, gözaltına alınan kişinin kaçması sırasında görevlilere uyguladığı cebir veya tehdit görevi yaptırmamak için direnme suçunu oluşturacaktır²⁹⁵. Keza hakkında kesinleşmiş mahkumiyetten yakalama kararı bulunan hükümlünün yakalanabilmesi için yapılan müdahaleye cebir veya tehditle karşı konulması görevi yaptırmamak için direnme suçunu meydana getirecektir²⁹⁶. Ancak hakkındaki kesinleşmiş bir mahkumiyet hükmü veya tutuklama kararı nedeniyle ceza infaz kurumu ya da tutukevinde veya görevlilerin gözetiminde iken kaçma sırasında kamu görevlilerine cebir, tehdit kullanılması halinde hangi suç(lar)ın oluşacağı, sorumluluğun nasıl belirlenmesi gerektiği ayrıca değerlendirilmelidir. Doktrinde bazı yazarlar tarafından böyle bir durumda bileşik suç durumunun sözkonusu olacağı ve görevi yaptırmamak için direnme suçundan dolayı ayrıca cezaya hükmolünmayacağı ifade edilmektedir²⁹⁷. Yargıtayın bazı kararlarında da bileşik suç durumundan bahsedilmese de görevi yaptırmamak için direnme suçunun, cebir veya tehditle hükümlü veya tutuklunun kaçması suçunun unsuru olduğundan ayrıca m. 265'den ceza verilmemesi gerektiği belirtilmektedir²⁹⁸. Bazı kararlarında ise teorik bir belirleme yapılmadan görevi yaptırmamak için direnme suçunun oluşmayacağı, hükümlü veya tutuklunun kaçması suçunun cebir tehditle işlenmesi nitelikli halinin oluşacağı ve sadece bu suçtan hüküm kurulması gerektiği dile getirilmektedir²⁹⁹. Kanaatimizce görevi yaptırmamak için direnme suçunun oluşabilmesi için cebir veya tehdidin görevin yapılmasını engellemek amacıyla olması gerekir. Hükümlü veya tutuklunun kaçması suçunun cebir veya tehditle işlenmesi nitelikli halinin gerçekleşebilmesi içinse cebir veya tehdidin kaçmak için kullanılması gerekir. Hükümlü veya tutuklunun kaçmasına engel olmak infaz koruma görevlilerinin veya gözetimle görevli olanların görevi arasındadır ve kaçma sırasında görevlilere cebir veya tehdit uygulanması durumunda görevini yaptırmamak direnme ve kaçma amacı iç içe geçmiştir. Dolayısıyla her iki suç da birlikte gerçekleşmektedir. Bu itibarla fikri içtima kuralları gereğince sorumluluk belirlenmelidir³⁰⁰.

²⁹⁵ Bkz. **Meran**, s. 841; **Gökcan/Artuç**, C. 6, s. 9446. “Henüz tutuklu veya hükümlü olmayan sanığın, yağma suçundan karakolda gözetim altında bulunduğu sırada, görevli polis memurunu itekleyip düşürerek kaçması biçimindeki eyleminin, TCK'nun 265/1. maddesine uyan suçu oluşturduğu gözetilmeden, aynı Yasanın 292/2. maddesiyle uygulama yapılması”, Y6CD, 22.01.2009, 2007/16826, 2009/283, **Artuk/Gökcan/Yenidünya**, C. 5, s. 7990; “Somut olayda sanığın, hakkında gözaltına alma kararı üzerine nezarethaneye götürülürken kaçması şeklinde gerçekleşen eylemi nedeni ile TCK.nun 292/1. maddesinde düzenlenen suçun yasal unsurlarının oluşmayıp (kaçma eyleminin işleniş şekline göre) sanığın TCK.nun 265/1. maddesinde düzenlenen kamu görevlisine görevi yaptırmamak için direnme suçundan cezalandırılması gerektiği gözetilmeden yazılı şekilde hüküm kurulması yasaya aykırıdır”, Y8CD, 05.06.2018, 2018/4356, 2018/6455, **Gökcan/Artuç**, C. 6, s. 9446.

²⁹⁶ **Gökcan/Artuç**, C. 6, s. 9440.

²⁹⁷ **Gökcan/İçer**, s. 758; **Artuk/Gökcan/Alşahin/Çakır**, Özel Hükümler, s. 1271.

²⁹⁸ Bkz. Y9CD, 29.11.2012, E. 2012/6497, K. 2012/13960, **Uğraş**, s. 58.

²⁹⁹ “Sanığın başka bir suçtan tutuklanması nedeniyle ekip otosuna bindirilirken kaçmaya başlaması üzerine takip eden görevlilerce tel örgülerden indirilerek yakalandığı, bu sırada katılan polisi...'la boğuşarak yaralanmasına neden olduğundan bahisle görevi yaptırmamak için direnme suçundan mahkumiyet kararı verilmiş ise de, olayın bütünü değerlendirildiğinde, sanığın anılan eyleminin, mağdur ve katılan polislere yönelik hükümlü veya tutuklunun kaçması suçunun nitelikli halini oluşturduğu gözetilmeden, suç vasfında hataya düşülerek ayrıca görevli memura direnme suçundan yazılı şekilde mahkumiyet kararı verilmesi”, Y18CD, 29.5.2018, E. 2016/1460, K. 2018/8304, www.lexpera.com.tr

³⁰⁰ Fikri içtima uygulanması gerektiği görüşü için bkz. **Uğraş**, s. 58.

X. ETKİN PİŞMANLIK

Hükümlü veya tutuklunun kaçması suçuna ilişkin m. 293’de etkin pişmanlık kurumuna yer verilmiştir³⁰¹. Maddeye göre “*tutuklu veya hükümlünün, kaçtıktan sonra etkin pişmanlık göstererek kendiliğinden teslim olması halinde, kaçtığı günden itibaren teslimin gerçekleştiği güne kadar geçen süre dikkate alınarak, verilecek cezanın altıda beşinden altıda birine kadari indirilir. Ancak, kaçma süresinin altı ayı geçmesi halinde cezada indirim yapılmaz*”. Görüldüğü gibi maddede etkin pişmanlık kurumu, cezayı ortadan kaldıran değil, cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi bir sebep olarak düzenlenmiş ve sadece kaçan tutuklu ve hükümlü bakımından öngörülmüştür. TBMM’de Türk Ceza Kanununun hükümlü veya tutuklunun kaçması suçuna ilişkin görüşmeleri sırasında Tasarı metnindeki “gözümlü alınanın kaçması” ifadesinin çıkarılması nedeniyle, bu değişiklikte uyumun sağlanması amacıyla 5377 sayılı kanunla 2005 yılında 293. maddedeki “Gözümlü alınan,” ifadesi madde metninden çıkarılmıştır. Aslında değişiklik yapılmasa da gözümlü alınanın kaçması suç olmaktan çıkarıldığı için etkin pişmanlık kurumunun uygulanması durumu da ortaya çıkmayacaktı. Fakat inceleme konusu suça özgü olarak düzenlenen etkin pişmanlık maddesinin ilgili maddeyle uyumluluğun sağlanması, kadük bir ifadenin maddede gözükmemesi ve yanlış anlaşılmanın önüne geçmesi bakımından yerinde olmuştur. Bu itibarla etkin pişmanlık kurumu, kaçması suç olarak kabul edilen tutuklu ve hükümlü bakımından sözkonusu olabilecektir. Maddede tutuklu ve hükümlünün kaçması suçuna azmettiren ve yardım eden olarak katılanların etkin pişmanlığına ilişkin bir belirleme yapılmadığı için azmettiren ve yardım eden açısından etkin pişmanlık kurumunun uygulanması mümkün olmayacaktır.

Etkin pişmanlık kurumunun uygulanabilmesi için *her şeyden önce hükümlü veya tutuklunun kaçması suçunun tamamlanması zorunludur*. Çünkü etkin pişmanlık kurumu suç tamamlandıktan sonra uygulanan şahsi bir sebeptir. Zaten işlenmeyen bir suçtan dolayı etkin pişmanlıktan da söz edilemez. Bu itibarla hükümlü veya tutuklu iradesiyle kaçmamış ya da kaçırılmamış, örneğin bir örgüt tarafından iradesi dışında kaçırılmış ise 292. maddedeki suç oluşmayacağı için kaçırılan kimse altı aylık süre içinde kendiliğinden teslim olsa da etkin pişmanlık kurumunun da uygulanması sözkonusu olmayacaktır³⁰².

Maddeye göre tutuklu ve hükümlünün etkin pişmanlıktan yararlanabilmesi için kaçtıktan sonra etkin pişmanlık göstererek, kaçma süresi *altı ayı geçmeden kendiliğinden teslim olması gerekmektedir*. Etkin pişmanlık kurumu için aranan şartların yanında kanunkoyucu bu suç açısından failin kaçma süresi altı ayı geçmeden kendiliğinden teslim olmasını aramaktadır. Buradaki “kendiliğinden” kelimesinden kasıt, teslim olgusunun failin serbest iradesiyle

³⁰¹ Etkin pişmanlık kurumu **765 sayılı TCK m. 300**’de düzenlenmiştir: “Kaçan mevkuf ve mahkum bir güne cebir ve tazyik neticesi olmayarak on beş gün zarfında kendiliğinden gelip teslim olursa geçen maddelerde gösterilen cezaların altıda biri hükmolunur.” Görüldüğü gibi mülga düzenleme ile yeni düzenleme arasındaki en önemli fark kendiliğinden teslim olma süresi olarak 15 gün yerine 6 ay olarak belirlenmesi olmuştur. Ayrıca indirim miktarı önceki hükümde altıda bir olarak belirlenmişken, yeni düzenlemede indirim miktarı teslim olma süresine göre altıda beşinden altıda birine kadar tayin edilmiştir. Yeni metinde “cebir ve tazyik neticesi olmayarak” ifadesine yer verilmemesi kurumun uygulanma şartını değiştirmeyecektir. Zaten eski ve yeni metinde yer alan kendiliğinden teslim olma cebir ve tazyik olmadan teslimi ifade etmektedir. Bu nedenle kanuna alınmaması yerinde olmuştur.

³⁰² Ünver, s. 623.

gerçekleşmesidir³⁰³. Fail, teslim olması için tehdit edilmiş veya cebre maruz bırakılmış veya hileli bir şekilde teslimi sağlanmış ise kendiliğinden teslim olmadan söz edilemez³⁰⁴. Bununla birlikte başkasının cebir veya tazyik şeklinde olmayan tesirleri altında, örneğin kaçmasının kendisi açısından daha ağır olumsuz neticelerinin olacağı anlatılması sonucunda teslim olmada kendiliğinden teslim kabul edilecektir³⁰⁵. Zira burada önemli olan failin başkasının yol göstermelerinin, akıl vermelerinin etkisinde de olsa kendi özgür, serbest iradesiyle karar verip teslim olmasıdır. Buna karşılık yakalanma, kendiliğinden teslim olma niteliğinde değildir³⁰⁶. Örneğin kolluk kuvvetlerinin takibi, operasyonu sonucu failin ele geçirilmesi böyledir³⁰⁷. Keza yakalanmanın aynı suç nedeniyle veya farklı bir suçtan dolayı ya da bir trafik kontrolünde gerçekleşmesi de fark etmeyecek ve kendiliğinden teslim olma sözkonusu olmayacaktır³⁰⁸. Yine yakalanma tehlikesiyle karşı karşıya kalınması nedeniyle veya başka türlü hareket imkanı bulunulmaması sonucu teslim olma da kendiliğinden teslim olma sayılamayacaktır³⁰⁹. Yargıtay etkin pişmanlık kurumunun uygulanabilmesi bakımından somut olayda failin yakalanıp yakalanmadığının veya kendiliğinden teslim olup olmadığının araştırılmasını ve ona göre hüküm kurulmasını aramaktadır³¹⁰.

Ancak failin serbest iradesiyle tesliminin, düzenleme itibariyle, *etkin pişmanlık göstererek gerçekleşmesi* de gerekecektir. Doktrinde, failin subjektif anlamda pişmanlık gösterip göstermediğini ispat edebilmenin olanaksız olduğu, bu nedenle etkin pişmanlık düzenlemesinin uygulanabilmesi için maddenin aradığı objektif koşulların varlığı ile yetinilmesi gerektiği

³⁰³ Gözübüyük, C. 3, s. 122; Ünver, s. 623; Parlar/Hatipoğlu, C. 4, s. 4407; Parlar/Öztürk, s. 536; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, Özel Hükümler, s. 1273.

³⁰⁴ Gökçen/İçer, s. 761; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, Özel Hükümler, s. 1273.

³⁰⁵ Erem, C. 2, s. 1581; Erem, Faruk: *Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku, C. 3, Özel Hükümler*, 3. Baskı, Ankara 1985, s. 584-585; Erem, Adliye Aleyhinde Cürümler, s. 68; “Sanığın firar ettikten bir gün sonra cebir ve tazyik neticesi olmadan kendiliğinden gelip teslim olduğu anlaşılmış olmasına göre hakkında TCK.nun 300. maddesinin (5237 sayılı yeni TCK m. 293) uygulanması gerekeceğinin gözetilmemesi”, Y5CD, 24.2.1993, 392/746, Yaşar, s. 667).

³⁰⁶ Meran, s. 844. Ancak failin kaçtığı kuruma habersiz girerken yakalanması kendiliğinden teslim olmadır. Fakat burada failin kuruma girme amacı teslim olmak mı yoksa başka bir amaç mı belirlenmesi gerekse de ispatı zor bir durumdur. “Firar ettikten sonra aynı gün cezaevinin arka kapısından kendiliğinden giriş yaparken yakalanan sanığın cezasından etkin pişmanlık nedeniyle TCK'nın 293/1. maddesi uyarınca yapılması gereken indirimin, sanığın kaçtığı ve teslim olduğu zaman süresi dikkate alınmak suretiyle kanun maddesinde belirtilen 1/6 ile 5/6 arasında makul ve hakkaniyete uygun bir oran olarak saptanması gerekirken, 1/2 oranında indirim uygulanması sonucu fazla ceza tayini, Bozmayı gerektirmekle,” Y16CD, 24.5.2016, E. 2016/1208 K. 2016/3327, www.lexpera.com.tr

³⁰⁷ Bkz. Parlar/Hatipoğlu, C. 4, s. 4413; Parlar/Öztürk, s. 536; Gökçen/Artuç, C. 6, s. 9453.

³⁰⁸ Bkz. Erem, Özel Hükümler, s. 585; Erem, C. 2, s. 1581; Erem, Adliye Aleyhinde Cürümler, s. 68.

³⁰⁹ Majno, C. 2, s. 294; Parlar/Hatipoğlu, C. 4, s. 4413; Parlar/Öztürk, s. 536; Meran, s. 844; Arslan/Azizağaoğlu, s. 1188. “Hakkında yakalama emri bulunan ve eve gelen polis memurlarına teslim olan sanık hakkında TCK'nın 293. maddesinin uygulama olanağı olmadığı halde anılan madde gereğince cezasında indirim yapılması aleyhe temyiz olmadığından bozma nedeni yapılmamıştır.”, Y16CD, 24.6.2016, E. 2016/1694 K. 2016/4646, www.lexpera.com.tr

³¹⁰ “Sanığın nerede ve nasıl yakalandığına ilişkin dosyada herhangi bir tutanak veya belgenin bulunmaması karşısında, kendiliğinden teslim olup olmadığı veya yakalanıp yakalanmadığının araştırılarak sonucuna göre hakkında TCK'nın 293. maddesinde düzenlenmiş olan etkin pişmanlık hükmünün uygulanma olanağının bulunup bulunmadığı tartışılmadan eksik araştırma ile yazılı şekilde hüküm kurulması, Kanuna aykırı (dır)”, Y16CD, 05.11.2015, E. 2015/4361, K. 2015/3663, www.legalbank.net; Aynı yönde bkz. Y16CD, 8.12.2016, E. 2016/6085, K. 2016/6764, www.kazanci.com; Y9CD, 19.1.2015, E. 2014/6633, K. 2015/207, www.kazanci.com; Y9CD, 13.11.2013, E. 2013/9424, K. 2014/13777, www.kazanci.com; Y4CD, 29.03.2011, E. 2011/1074, K. 2011/4085, www.legalbank.net; Y16CD, 6.12.2016, E. 2016/5736, K. 2016/6446, www.kazanci.com.

belirtilmekte ve “etkin pişmanlık göstererek” ifadesinin teslim olmanın kendiliğinden olması lüzumunu vurgulayan bir terim olarak kabul edilmesi gerektiği ifade edilmektedir³¹¹.

Teslim olunacak yer ise failin mutlaka kaçtığı ceza infaz kurumuna ya da tutukevine teslim olması şeklinde anlaşılmalıdır. Başka ceza infaz kurumu ya da tutukevi olabileceği gibi infaz koruma memurlarına³¹², kolluk kuvvetlerine veya adli makamlara teslim olmada yeterlidir³¹³. Keza kolluk kuvvetlerine telefon ederek veya onları herhangi bir şekilde haberdar ederek bulunduğu yeri bildirip teslim alınmayı sağlama da teslim olma kabul edilir³¹⁴. Hatta adli para cezasından çevrilen hapsi infaz edilirken kaçtıktan sonra kalan günlere karşılık gelen adli para cezasını ödeyen fail bakımından artık infaz edilecek bir ceza kalmayacağından teslim şartı aranmadan da etkin pişmanlık kurumu uygulanabilecektir³¹⁵.

TCK m. 293’e göre failin etkin pişmanlıktan yararlanabilmesi için kendiliğinden teslim olması yetmemekte, bunun maddede *öngörülen altı aylık süre içinde gerçekleşmesi* aranmaktadır.

³¹¹ **Ünver**, s. 624. Etkin pişmanlığın uygulanabilmesi açısından, failin pişmanlık duymasının aranması konusunda detaylı bilgi ve tartışmalar için bkz. **Baba**, Yasemin: *Türk Ceza Kanunu’nda Etkin Pişmanlık*, İstanbul 2013, s. 98 vd.; **Gödeklî**, Mehmet: “Türk Ceza Öğretisi ve Uygulamasında Etkin Pişmanlık”, *TAAD*, Y. 7, S. 29, Ocak 2017, s. 328 vd.

³¹² “Oluşa, dosyadaki belgeye, savunma ve savunmayı doğrulayan tanıklar infaz koruma memurları (Z ve K)ın anlatımlarına göre Gökçeada yarı açık cezaevinde hükümlü bulunan (X) gemi ile firar edip gemi Eceabat limanına gelmeden pişmanlık duyarak aynı gemide bulunan infaz koruma memurları (Z ve K)a pişmanlığını ifade ederek kendisini geriye gönderilmesi için yardım isteğinde bulunduğu gardiyanlarda kendisini özellikle alıp emniyete teslim ettikleri daha sonrada geriye gönderildiği bi koşullarda sanık hakkında TCK.nun 300. maddesinin uygulanması gerektiği gözetilmeden yazılı biçimde hüküm kurulması, bozmayı gerektirmiştir.”, Y8CD, 1.4.1991, 1991/3682-3732, **Savaş/Mollamahmutoğlu**, C. 2, s. 2722-2723.

³¹³ **Majno**, C. 2, s. 294; **Meran**, s. 844; **Parlar/Hatipoğlu**, C. 4, s. 4413; **Parlar/Öztürk**, s. 536. “Firar ettikten 4 gün sonra kendiliğinden **Emniyet Müdürlüğüne giderek teslim olan** sanığın cezasından etkin pişmanlık nedeniyle TCK.nun 293/1. maddesi uyarınca yapılması gereken indirimin, sanığın kaçtığı ve teslim olduğu zaman süresi dikkate alınmak suretiyle kanun maddesinde belirtilen 1/6 ile 5/6 arasında makul ve hakkaniyete uygun bir oran olarak saptanması gerekirken, 1/2 oranında indirim uygulanması sonucu fazla ceza tayini, Yasaya aykırı,” Y8CD, 21.12.2017, E. 2017/19789, K. 2017/14889, www.lexpera.com.tr; “Bafra Cumhuriyet Başsavcılığının 29.05.2013 tarihli suç duyurusu yazısından sanığın 11.04.2013 tarihinde **savcılığa müracaat ettiği** anlaşılma; TCK’nın 293. maddesinde düzenlenen etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanması gerektiğinin gözetilmemesi, Kanuna aykırı,” Y16CD, 14.4.2016, E. 2016/168, K. 2016/2318, www.lexpera.com.tr

³¹⁴ **Gökcan/Artuç**, C. 6, s. 9453; **Ünver**, s. 607; **Gerçekler**, C. 2, s. 2590; **Gökçen/İçer**, s. 759-760; **Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır**, Özel Hükümler, s. 1272; **Yıldız**, s. 169. “...firar eden sanığın, polis memuru tanık B...Z...’yi arayıp “İlçe dışında olduğunu, eşini ve çocuklarını güvenli bir yere bırakıp 2 gün sonra teslim olacağını” söylediği, arama çalışmalarına devam eden tanığıngünü sanığı arayarak nerede olduğunu sorması üzerine bulunduğu yeri belirtip teslim olma iradesi gösterdiğinin anlaşılması karşısında; sanık hakkında TCK’nın 293. maddesinde düzenlenen etkin pişmanlık hükmündeki makul ve hakkaniyete uygun bir nispetin tercih edilip uygulanması gerektiğinin gözetilmemesi,” Y16CD, 22.11.2016, 2016/4102-2016/6070, **Parlar/Öztürk**, s. 541; “Sanığın hükümlü olduğu Kastamonu Açık Cezaevinden gönderildiği özel izinden süresinde dönmediği ve 2 ay sonra Keçiören Sivil Ekip Amirliği’ni arayarak evde olduğunu ve teslim olacağını söylediği, polislerin de gelip kendisini evden aldığını ifade etmesi ve yakalama tutanağında polis merkezine gelen bir ihbar üzerine sanığın kaldığı adreste yakalandığının belirtildiğinin karşısında, **ihbarın bizzat sanık tarafından yapıp yapılmadığı hususu araştırılarak sonucuna göre sanık hakkında TCK.nun 293. maddesinin uygulanıp uygulanmayacağını tespit edilmesi gerektiği** gözetilmeden eksik araştırma ile yazılı şekilde hüküm kurulması, Yasaya aykırı,” Y8CD, 12.10.2017, E. 2017/17858 K. 2017/11252, www.lexpera.com.tr

³¹⁵ **Gökçen/İçer**, s. 760; **Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır**, Özel Hükümler, s. 1273. “...adli para cezasına mahkum olan sanığın adli para cezasını ödememesi üzerine para cezasının hapis cezasına çevrilerek ...İnfaz kurumunda infaz edilmeye başlandığı,...ceza infaz kurumundan kaçtıktan sonra ve henüz yakalanmadan önce infaz etmekte olduğu adli para cezasını ödeyen sanık hakkında TCK’nun 293/1 maddesinin uygulanması gerektiğinin düşünülmemesi”, Gaziantep BAM6CD, 11.05.2020, 2019/1196, 2020/899, **Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır**, Özel Hükümler, s. 1273, dpn. 77.

Kaçma tarihinden itibaren altı ay geçmeden teslim olmuşsa, kaçma tarihinden teslim olma tarihine kadar geçen süreye göre cezasından indirim yapılacaktır. Görüldüğü gibi maddede indirimin yapılabilmesi için ya da indirimin hangi oranda yapılacağına dair sadece kaçmadan itibaren altı içinde teslim olması aranmış, teslim süresi dikkate alınmış, fakat teslim olmanın muhakemenin hangi aşamasında gerçekleştiği kriteri esas alınmamıştır³¹⁶. Dolayısıyla soruşturma aşamasında veya kovuşturma aşamasında da teslim olursa önemli olan altı aylık süre içinde teslim olması ve teslim kadarki geçen süredir. Fail kaçma tarihi itibarıyla altı aylık süre geçtikten sonra kendiliğinden teslim olsa da etkin pişmanlıktan yararlanamayacaktır. Ancak bu durum cezanın bireyselleştirilmesi aşamasında gözönünde bulundurulabilecektir³¹⁷.

Somut olayla ilgili etkin pişmanlığın gerçekleştiği tespit edilmesi halinde m. 293'deki belirlenen oranlar dahilinde indirim yapılması zorunlu olup, hakimın takdir yetkisi yoktur. Nitekim Yargıtay etkin pişmanlığın şartlarının oluştuğu halde indirim yapılmamasını bozma nedeni kabul etmektedir³¹⁸. Keza Yargıtay, teslim olma süresine göre yapılan indirim oranını makul, hakkaniyete ve orantılılık ilkesine uygun olmadığı gerekçesiyle bozmaktadır³¹⁹.

XI. YAPTIRIM

Suçun temel şeklinin işlenmesinin yaptırımını altı aydan bir yıla kadar hapis cezasıdır (m. 292/1). Suçun, cebir veya tehdit kullanılarak işlenmesinin yaptırımını ise, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasıdır (m. 292/2). Suçun, silahlı olarak ya da birden çok tutuklu veya hükümlü tarafından birlikte işlenmesi halinde, birinci veya ikinci fıkralara göre verilecek ceza bir katına kadar artırılır (m. 292/3). Bu suçun işlenmesi sırasında kasten yaralama suçunun neticesi sebebiyle ağırlanmış

³¹⁶ Gödekli, s. 316.

³¹⁷ Bkz. **Gökcan/Artaç**, C. 6, s. 9453; "Sanığın firar tarihinden itibaren 6 aylık yasal süre içinde teslim olmaması nedeniyle 5237 sayılı TCK'nın 293. maddesindeki etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanma koşulları oluşmamışsa da, sanığın kendiliğinden teslim olduğunun anlaşılması karşısında, bu durumun 5237 sayılı TCK'nın 62. maddesinde düzenlenen sanık yararına cezayı hafifletecek takdiri indirim nedeni olarak kabul edilip edilemeyeceğinin tartışılmaması, yasaya aykırıdır", Y4CD, 04.03.2009, 2008/20437, 2009/4054, www.kazanci.com.tr

³¹⁸ "Kolluk görevlilerinin şüpheli şahıs görmesi ve kimlik kontrolü yapması sonucu UYAP sorgulamasında aranmadığının belirlenmesinden sonra sanığın kendiliğinden Gemlik Açık Ceza İnfaz Kurumundan kaçtığı beyan ederek görevlilere teslim olduğunun 09.08.2012 tarihli tutanaktan anlaşılması karşısında, TCK'nın 293/1. maddesinde düzenlenen etkin pişmanlık hükmünün sanık hakkında uygulanması gerektiğinin gözetilmemesi,...Kanunu aykırı(dır)", Y9CD, 13.03.2014, E. 2014/2440, K. 2014/2965; www.legalbank.net; "Sanığın firar ettikten iki gün sonra kendiliğinden teslim olması karşısında, temel cezadan TCK'nın 293. maddesi uyarınca indirim yapılması gerektiği gözetilmeden yazılı şekilde hüküm tesisinde, İsbet görülmediğinden", Y16CD, 23.05.2016, E. 2016/2434, K. 2016/3353, www.legalbank.net; Aynı yönde bkz. Y16CD, 09.11.2015, E. 2015/4908, K. 2015/3780, www.legalbank.net; Y8CD, 24.5.2017, E. 2017/9333, K. 2017/5994, www.kazanci.com; Y16CD, 9.11.2015, E. 2015/1200, K. 2015/3778, www.kazanci.com

³¹⁹ "Teslim olması gereken süreden üç gün sonra kendiliğinden teslim olduğunun kabul edilmesi karşısında sanığın cezasından etkin pişmanlık nedeniyle TCK'nın 293. maddesinin birinci fıkrası uyarınca yapılan indirimin, sanığın kaçtığı ve teslim olduğu tarihler arasındaki süre dikkate alınarak anılan maddede belirtilen 1/6 ile 5/6 arasındaki oranlardan makul ve hakkaniyete uygun düşen bir nispetin tercih edilmesi gerekirken 2/6 nisbetinde indirim yapılması, Kanuna aykırı", Y9CD, 05.03.2014, E. 2014/1692, K. 2014/2563, www.legalbank.net; "...sanığın firar ettikten sonra aynı gün içerisinde kendiliğinden teslim olduğunun anlaşılması karşısında, TCK'nun 3. maddesine göre orantılılık ilkesi gözetilerek temel cezadan TCK'nun 293. maddesi uyarınca 5/6 oranında indirim yapılması gerekirken (3/6) oranında indirim yapılmak suretiyle sanık hakkında fazla ceza tayin edilmesi", Y8CD, 11.01.2018, 2017/18914-2018/262, **Parlar/Öztürk**, s. 538; "Sanığın cezaevinden kaçtığı süre ile teslim olduğu süre arasındaki zaman dikkate alınarak kaçtıktan bir gün sonra teslim olan sanık hakkında, TCK'nun 293. maddesi uyarınca, indirim oranının üst haddinden uygulanması gerektiği gözetilmeden yazılı şekilde hüküm kurulması, Yasaya aykırı", Y8CD, 16.10.2017, E. 2017/15514 K. 2017/11322, www.lexpera.com.tr

hallerinin veya kasten öldürme suçunun gerçekleşmesi ya da eşyaya zarar verilmesi durumunda, ayrıca bu suçlara ilişkin hükümlere göre cezaya da hükmolunur.

Ancak somut olayda etkin pişmanlık sözkonusu ise fail hakkında verilen cezada altıda beşinden altıda birine kadar indirim uygulanabilecektir. Bu indirim miktarı failin kaçtığı günden (altı aydan önce teslim olmak şartıyla) teslim olduğu güne kadar geçen süre gözönünde bulundurulacaktır.

TCK dışında mevzuatımızdaki bazı kanunlarda da hükümlü veya tutuklunun kaçması suçuna ilişkin sonuçlar öngörülmüştür: Doğrudan açık ceza infaz kurumuna alınanlar dahil olmak üzere bu kurumlarda bulunan hükümlülerden firar edenler kapalı ceza infaz kurumlarına gönderilirler (CGTİHK m. 14/5). Firara teşebbüs etmek, bir günden on güne kadar hücreye koyma disiplin cezasını gerektiren bir eylem olarak kabul edilmiştir (CGTİHK m. 44/2-c). Firar etmek veya tünel kazmak ise, onbir günden yirmi güne kadar hücreye koyma cezasını gerektiren eylemler arasında sayılmıştır (CGTİHK m. 44/3-1)³²⁰.

Taarruz ve firara yarayacak ve gerektiğinde bu işler için kullanılacak madde ve aletleri yapmak, saklamak, bulundurmak eylemleri çocuk hükümlüler bakımından izin ertelenmesi veya ziyaretlerin kapalı şekilde yaptırılması disiplin cezasını gerektirmektedir (CGTİHK m. 46/7-d).

Firara teşebbüs etmek veya firar etmek ise çocuklar bakımından kapalı ceza infaz kurumuna iadeyi gerektiren eylemler olarak düzenlenmiştir (CGTİHK m. 46/8-d).

Ayrıca firar eden hükümlülere bir daha özel izin verilmez (CGTİHK m. 97/3).

Keza Terörle Mücadele Kanunu m. 17/2’de bu kanun kapsamına giren bir suçtan dolayı tutuklu veya hükümlü iken firar edenlerin koşullu salıverilmeden yararlanamayacağı da hüküm altına alınmıştır.

XII. SORUŞTURMA VE KOVUŞTURMA USULÜ, GÖREVLİ VE YETKİLİ MAHKEME

Bu suç resen takip edilen bir suçtur. Cumhuriyet savcısı, ihbar veya başka bir suretle bu suçun işlendiği izlenimini veren bir hâli öğrenir öğrenmez kamu davasını açmaya yer olup olmadığına karar vermek üzere hemen işin gerçeğini araştırmaya başlar (CMK m. 160/1). Soruşturma evresi sonunda toplanan deliller, suçun işlendiği hususunda yeterli şüphe oluşturuyorsa; Cumhuriyet savcısı, bir iddianame düzenler (CMK m. 170/1).

Bu suçta Asliye Ceza Mahkemesi bakmakla yetkilidir. Asliye Ceza Mahkemesi iddianameyi kabul ettikten sonra suçun basit yargılama usulü kapsamında kalıp kalmadığına bakar. Suçun temel şeklinin yaptırımının üst sınırı bir yıl olduğu için Asliye Ceza Mahkemesi basit yargılama usulünün uygulanmasına karar verebilir (CMK m. 251/1). Ancak CMK m. 251/8. fıkrası

³²⁰ Yargıtay hem disiplin hem de suç oluşturan firar fiili ile ilgili disiplin yaptırımını kararı verilirken firar suçunun işlendiğine ilişkin mahkeme kararının disiplin yaptırımını verecek olan kurulca gözönünde bulundurulması gerektiğini belirtmektedir: “Firar, ceza kanununda suç olarak tanımlanmıştır. Suç teşkil eden eylemin işlenip işlenmediği mahkeme kararı ile belirlenebilir. Disiplin cezası idari kurul kararı olup kesinleşmiş hükümle firar suçunun gerçekleşmediği yönündeki mahkeme kararına aykırı olamayacağından, idari kurumların “kesin hüküm” etkisini ortadan kaldıracak şekilde karar vermesine yasal olanak bulunmadığından Karşıyaka 2. Ağır Ceza Mahkemesi’nin itirazı konu kararının bozulmasına karar vermek gerekmiştir.” Y16CD, 30.12.2016, E. 2015/5190, K. 2016/7741, www.kazanci.com.tr

gereğince örneğin, kasten öldürme, neticesi sebebiyle ağırlamış yaralama gibi basit yargılama usulü kapsamına girmeyen bir suçla birlikte işlenmesi halinde basit yargılama usulü uygulanmaz³²¹. Gerek basit yargılama usulü uygulandığında (CMK 251/4) gerekse normal yargılamada hükmolunan kısa süreli hapis cezası seçenek yaptırımlara çevrilebilir. Fakat Yargıtay bu suç nedeniyle verilen hapis cezasının çevrilecek seçenek yaptırımlarının suçla bağlantılı olmasını aramaktadır³²².

Hükümlü veya tutuklunun kaçması suçu Asliye ceza mahkemesinin görev kapsamında olmasına rağmen, kaçma sırasında neticesi sebebiyle ağırlamış yaralama, kasten öldürme veya mala zarar verme suçları işlendiğinde görevli mahkeme bu suçların niteliğine göre belirlenecektir³²³. Zira CMK m. 9'a göre bağlantılı suçlardan her biri değişik mahkemelerin görevine giriyorsa, bunlar hakkında birleştirilmek suretiyle yüksek görevli mahkemede dava açılabilir. Örneğin bir kişinin öldürülmesi söz konusu olmuşsa TCK m. 292/4 hükmü gereğince fail ayrıca kasten öldürmeden sorumlu olacağı için Cumhuriyet savcısı CMK m. 9 hükmü gereğince aralarında bağlantı bulunan ve farklı mahkemelerin görevine giren bu suçlar bakımından kasten öldürme suçunda yetkili ve yüksek görevli mahkeme olan ağır ceza mahkemesine iddianame düzenleyebilecektir.

Hükümlü veya tutuklunun kaçması suçunda yer bakımından yetkili mahkeme, suçun ani suç veya kesintisiz suç kabulüne göre belirlenecektir. Ani suç kabul edildiğinde yetkili mahkeme hükümlü veya tutuklunun kaçtığı yer mahkemesi olacaktır. Kesintisiz suç olduğu kabul edildiği takdirde de kesintinin meydana geldiği yer mahkemesi yetkili olacaktır. Örneğin failin yakalandığı veya teslim olduğu yer neresi ise o yer mahkemesi yetkili olacaktır. (CMK m. 12/2). Suçun nerede işlendiğinin belirlenememesi halinde yetkili mahkeme CMK md. 13'teki özel yetki kurallarına göre belirlenecektir³²⁴.

Bu suçun Türk vatandaşı tarafından yabancı ülkede işlenmesi ve failin Türkiye'de bulunması halinde TCK m. 11'deki koşullara göre Türkiye'de soruşturma ve kovuşturma yapılabilir. Bu durumda yetkili mahkeme CMK m. 14/1'deki atıf uyarınca CMK m. 13/1 ve 2'deki kriterlere göre belirlenecektir³²⁵. Suçun yabancı ülkede işlenmesi ve Türkiye'de yargılama yapılması halinde TCK m. 19'da belirtilen koşullar kapsamında suçun işlendiği yabancı ülke kanunu yaptırımın belirlenmesinde göz önünde bulundurulabilir. Ancak sırf kaçmanın suç olarak

³²¹ Bkz. **Gökçen/İçer**, s. 762.

³²² “Kısa süreli hapis cezasının, TCK'nın 50/1-d maddesinde yer alan, “belirli yerlere gitmekten veya belirli etkinlikleri yapmaktan yasaklanma” seçenek yaptırımına çevrilebilmesi için, hükmedilen seçenek yaptırımın, işlenen suçla bağlantılı olması, ayrıca suç işlemeye yönelten sosyal, psikolojik veya çevresel etkenlerle sanık arasındaki bağı ortadan kaldırarak, sanığın yeniden suç işlemesini önlemeye yönelik bulunması gerektiği gözetilmeden, hükümlü veya tutuklunun kaçması suçundan verilen hapis cezasının, gerçekleştirilen eylemle herhangi bir bağlantısı bulunmayan “sanığa verilen bu kısa süreli hapis cezasının cezanın bir katı kadar süre ile her türlü alkollü içki satan, kumar oynamaya imkan tanıyan kahve, gazino, bar vb dinlenme, eğlenme yerlerine, dükkanlara gitmeme, böyle yerde oturmama, alkollü içkileri almama, birşeye sarılı olsa da taşımama, evde veya başka yerde içmeme ve kumar olsun olmasın kumara dönüşebilecek oyun oynamama” tedbirine çevrilmesi, ...Kanuna aykırı”, Y16CD, 8.12.2016, E. 2016/6085, K. 2016/6764, www.kazanci.com

³²³ **Gökcan/Artuç**, C. 6, s. 9446; **Yıldız**, Özel Ceza Hukuku, s. 532.

³²⁴ Bu yetki kuralları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Turhan**, Faruk/**Aksan**, Murat: “Ceza Muhakemesinde Mahkemelerin Yer Bakımından Yetkisi -Doktrin ve Uygulama Işığında Kanun Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, *Prof. Dr. Mehmet Emin Armağan'ı*, (Ed.: Mahmut Koca), Ankara 2020, s. 788 vd.

³²⁵ **Turhan/Aksan**, s. 794.

kabul edilmediği bir ülke sözkonusu olduğunda TCK m. 19'un uygulanma durumunun belirlenmesi gerekir. Türk kanunlarına göre suç kabul edilen, fakat fiilin işlendiği yer ülkesi kanununa göre suç sayılmayan bir fiilden dolayı yabancı kanunun gözönünde bulundurulması konusu doktrinde tartışmalıdır³²⁶. Kanaatimizce fiilin işlendiği yer ülke kanuna göre suç teşkil etmiyorsa sırf kaçan kişinin Türkiye'de cezalandırılmaması gerekir.

Hükümlü veya tutuklunun kaçması suçunun mağduru veya suçtan zarar gören gerçek veya özel hukuk tüzel kişisi olmadığı için uzlaştırma yoluna gidilemez³²⁷.

Mağdur konusunda da bahsedildiği üzere inceleme konusu suçun belirli bir mağduru yoktur, mağduru, toplumu oluşturan her bir bireydir. Fakat kaçma fiili sırasında cebir veya tehdidin uygulandığı ya da malına zarar verilen kişiler veyahut da kasten öldürülenin yakınları, mağdur veya suçtan doğrudan zarar gören sıfatı ile kamu davasına katılabilirler. Bununla birlikte hükümlü veya tutuklunun kaçması suçu adliyeye karşı işlenen suçlar olarak TCK'da düzenlense de ilgili kurumların veya bakanlıkların doğrudan zarar görmedikleri gerekçesiyle katılma hakları kabul edilmemektedir³²⁸.

SONUÇ

TCK m. 292-293'te düzenlenen hükümlü veya tutuklunun kaçması suçuna ilişkin yapılan incelemede ulaştığımız sonuç ve önerileri şu şekilde özetlemek mümkündür:

1. Hükümlü veya tutuklunun kaçması, başlamış olan ceza infaz sisteminin etkin ve düzgün işleyişinin sağlanması, devletin adli fonksiyonlarının normal işleyişinin korunması, cezanın ve tutuklamanın amaçlarının gerçekleşebilmesi için cezalandırılmalıdır. Hükümlü veya tutuklunun kaçmasının bir hak olarak kabulünden öte tutuklama ve mahkumiyet kararına katılma yükümlülüğü bulunmaktadır.

2. Suçun faili ancak ceza infaz kurumu veya tutukevi ile görevlilerin gözetimi altında olan hükümlü veya tutuklu kişiler olabilir. Bu itibarla özgü bir suçtur, aynı zamanda kaçma hareketi

³²⁶ Bu konudaki görüşler için bkz. **Külçür**, s. 273 vd.

³²⁷ "...TCK'nın 292/1. maddesinde düzenlenen suçun mağduru veya suçtan zarar göreni gerçek veya özel hukuk tüzel kişisi olmadığından uzlaştırmaya tabi olmadığı anlaşılmalı tebliğnamedeki bozma düşüncesine iştirak edilmemiştir.", Y17CD, 4.11.2019, E. 2019/7781, K. 2019/13684.

³²⁸ **Gökcan/Artuç**, C. 6, s. 9446. "a-) Katılan İçişleri Bakanlığı vekilinin sanık hakkında hükümlü veya tutuklunun kaçması suçundan verilen mahkumiyet hükmüne yönelik istinaf talebinin değerlendirilmesinde, Mağdur kavramı gibi kanunda açıkça tanımlanmamış olan "suçtan zarar görme" kavramının, Dairemizce de benimsenen gerek Yargıtay Ceza Genel Kurulu, gerekse Yargıtay Özel Dairelerin yerleşmiş kararlarında; "suçtan doğrudan doğruya zarar görmüş bulunma hali" olarak anlaşılıp uygulandığı, buna bağlı olarak da dolaylı veya muhtemel zararların, davaya katılma hakkı vermeyeceğinin kabul edildiği, bu hususun Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 11/04/2000 gün ve 65-69, 22/10/2002 gün ve 234-366, 04/07/2006 gün ve 127-180, 03/05/2011 gün ve 155-80, 21/02/2012 gün ve 279-55 ile 15/04/2014 gün ve 599-190 sayılı kararlarında; "dolaylı veya muhtemel zarar, davaya katılma hakkı vermez" şeklinde açıkça ifade edildiği ve Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 25/03/2003 gün ve 41-54 sayılı kararında da "tazminat ödenmesi, itibar zedelenmesi ve güven kaybı" gibi dolaylı zararlara dayanarak kamu davasına katılmanın olanaklı olmadığı kabul edilmesi karşısında; Hükümlü veya tutuklunun kaçması suçunda İçişleri Bakanlığının doğrudan zarar gören sıfatı bulunmadığı anlaşılmalı ilk derece mahkemesi tarafından tefrik öncesi sadece kamu malına zarar verme suçundan doğrudan suçtan zarar gören sıfatı bulunduğu halde istinaf kapsamındaki hükme konu suçta dahil olmak üzere atılı tüm suçlar yönünden katılım kararı verilen katılan İçişleri Bakanlığının bu suç yönünden katılma kararı KALDIRILARAK istinaf kapsamındaki hüküm yönünden 5271 sayılı CMK'nın 279/1-b maddesi uyarınca İSTİNAF BAŞVURUSUNUN REDDİNE," İzmir BAM10CD, 2.4.2019, E. 2019/1312 K. 2019/1125; www.lexpera.com.tr; aynı yönde bkz. Y8CD, 26.2.2019, 2018/11912, 2019/2664, www.kazanci.com.tr

hükümlü veya tutuklunun bizzat bedeni hareketiyle gerçekleşebileceği için bizzat işlenebilen bir suçtur.

3. Özgü suç olduğu için hakkında disiplin ve tazyik hapsine karar verilenlerin, yakalananların, gözaltındakilerin, gözlem altındakilerin, adli kontroldekilerin kaçması m. 292'deki suçu oluşturmayacaktır.

4. Mağdur toplumu oluşturan her bir bireydir. Suçun konusu hükümlü veya tutuklunun kaçma hareketini yaptıkları yerlerdir.

5. Hakkında kesinleşmiş mahkumiyet hükmü bulunan hükümlüye bu mahkumiyet hükmü tebliğ edilmiş ve hatta hakkında yakalama kararı çıkartılmış olsa bile henüz görevlilere teslim olunmadan ya da görevlilerce yakalanmadan, cezanın infazına başlanmadan kaçılması suç oluşturmaz. Kaçma hareketi hükümlü veya tutuklunun ceza infaz kurumundan, tutukevinden ya da gözetimi altında bulunduğu görevlilerin elinden kaçmakla suç oluşur ve hürriyete kavuşulduğu anda tamamlanır, yakalanıncaya kadar devam eder. Bu itibarla kesintisiz bir suçtur. Tek ve bağlı hareketlidir, sırf hareket suçudur. Ancak icrai davranışla işlenebilen bir suçtur.

6. Cebir veya tehditle kaçılması nitelik hal olarak öngörülmüştür. Bu nitelikli halin uygulanabilmesi için cebir veya tehdidin kaçan hükümlü veya tutuklu tarafından kaçmak için kullanılmış olması gerekir. Cebir veya tehdit kaçmaya engel olmak isteyen herhangi bir kimseye uygulandığında bu nitelikli hal gerçekleşir.

7. Silah kullanılmak suretiyle kaçma veya birden fazla kişinin birlikte kaçması da bir diğer nitelikli haldir. Silahlı kaçma nitelikli halin varlığı için kaçmada silahın en azından gösterilmek suretiyle kullanılması gerekir, yanında bulunması yeterli değildir. Birden çok tutuklu veya hükümlü tarafından birlikte işlenmesi nitelikli halinin uygulanabilmesi içinse iki veya daha fazla hükümlü ya da tutuklunun müşterek fail olarak kaçması gerekir. Bunun için önceden anlaşmış olmak şart değildir, kaçma esnasında birlikte kaçmada yeterlidir.

8. Hükümlünün veya tutuklunun kaçması zorunluluk hali içinde gerçekleşebilir. Ancak haksız tahrik altında işlenmesi mümkün gözükmemektedir.

9. Bu suçta teşebbüs ve gönüllü vazgeçme mümkündür.

10. Bizzat işlenebilen suç olmasına rağmen hükümlü veya tutuklu sıfatını taşıyanlar birlikte, müşterek fail olarak bu suçu işleyebilirler. Bu suça azmettirme mümkündür; yardım etme de gerçekleşebilir. Ancak bu suça yardım etme niteliğindeki fiiller m. 294'de ayrı bir suç olarak düzenlendiği için fail m. 294'deki suçtan dolayı sorumlu olacaktır. Dolayısıyla m. 39'da belirtilen maddi yardım etme fiilleri ile nasıl kaçılacağına ilişkin yol gösterme ve talimat verme gibi hareketler m. 294'deki kaçmaya imkan sağlama olarak değerlendirilecektir. Fakat manevi yardım hareketlerinden suç işlemeye teşvik, suç işleme kararını kuvvetlendirme ve vaatte bulunma m. 292'ye yardım etme kapsamında kabul edilecektir.

11. Cebir veya tehdit nitelikli halin unsuru olduğundan bileşik suç gerçekleşebilecektir. Bu suç, zincirleme suç şeklinde işlenebilir. Bununla birlikte suçun mağduru toplum olduğu, belirli bir mağduru olmadığı için aynı neviden fikri içtima gerçekleşemez.

12. TCK m. 292/4 hükmü gereğince kaçmada neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama, kasten öldürme ve mala zarar verme sözkonusu olduğunda kaçmanın yanında bu suçlardan da ayrıca ceza verilecektir.

13. Kaçmak için görevlilere cebir ya da tehdit uygulandığında görevi yaptırmamak için direnme suçu ile firar suçu aynı olayda iç içe geçmiş olur ve fikri içtima gereğince sorumluluk tayin edilmelidir.

14. Etkin pişmanlık kurumunun uygulanabilmesi için hükümlü veya tutuklunun kaçtıktan sonra altı ay içinde kendi serbest iradesiyle dönmesi gerekmektedir. Önemli olan başkasının yol göstermelerinin, akıl vermelerinin etkisinde de olsa failin kendi özgür, serbest iradesiyle karar verip teslim olmasıdır. Teslim olma mutlaka kaçtığı yere gitme anlamında olmayıp, failin karakol veya adli makamlara giderek teslim olması da aynıdır. Hatta failin bulunduğu yeri söyleyip kolluğun teslim alması da böyledir.

KAYNAKÇA

- 1940 Tarihli Türk Ceza Kanunu Tasarısı: *Adliye Ceridesi*, S. 6, Sene 33, 1942.
- Akbulut**, Berrin: “Bağlılık Kuralı”, *Gazi Üniversitesi HFD*, C. 14, S. 1, 2010.
- Akbulut**, Berrin: *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 7. Baskı, Ankara 2020.
- Aksan**, Murat: “Başkası Yerine Ceza İnfaz Kurumuna veya Tutukevine Girme Suçu (TCK m. 291)”, *Süleyman Demirel Üniversitesi HFD*, C. 9, S. 2, 2019.
- Aksoy İpekçioğlu**, Pervin: “Türk Ceza Kanunu’nda Bileşik Suç”, *Ankara Üniversitesi HFD*, C. 61, S. 1, 2012.
- Aksoy İpekçioğlu**, Pervin: *Türk Ceza Hukukunda Suça Teşebbüs*, Ankara 2009.
- Aktaş**, Duygu Şimşek: “Özgürlük İçgüdüsünün Cezalandırılması – “Basit Firar” Suçu Üzerine Bir Değerlendirme”, *Güncel Hukuk*, Mart 2015/3-135.
- Arslan**, Çetin/**Azizağaoğlu**, Bahattin: *Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi*, Ankara 2004.
- Artuk**, M. Emin/**Gökçen**, Ahmet/**Alşahin**, M. Emin/**Çakır**, Kerim: *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 19. Baskı, Ankara 2021.
- Artuk**, M. Emin/**Gökçen**, Ahmet/**Alşahin**, M. Emin/**Çakır**, Kerim: *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 12. Baskı, Ankara 2018.
- Artuk**, Mehmet Emin/**Gökçen**, Ahmet/**Yenidünya**, A. Caner: *Türk Ceza Kanunu Şerhi*, (Madde 234-345), C. 5, 2. Baskı, Ankara 2014.
- Artuk**, Mehmet Emin: “Adalet Hizmetlerinin Yürütülmesine Karşı Suçlar” Üçüncü Podyum Tartışması, *Toplum Değişim Sürecinde Türk Ceza Kanunu Reformu (Panel 21-22 Mayıs 2004 Ankara)*, Birinci Kitap, *Türkiye Barolar Birliği Yayını*, Ankara 2004.
- Aydın**, Devrim: *Türk Ceza Hukukunda Suça İştirak*, Ankara 2009.
- Aynural**, Ömer Metehan: *Soyut Tehlike Bağlamında Trafik Güvenliğini Tehlikeye Sokma Suçu (TCK 179/3)*, İstanbul 2018.
- Baba**, Yasemin: *Türk Ceza Kanunu’nda Etkin Pişmanlık*, İstanbul 2013.
- Baş**, Eylem: *Ceza Hukukunda Fail ve Mağdur*, Ankara 2021.
- Baumann**, Jürgen/**Weber**, Ulrich/**Mitsch**, Wolfgang: *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 11. neubearbeitete Auflage, Bielefeld 2003.

- BeckOK StGB/**Dallmeyer StGB**, Bernd von Heintschel-Heinegg, 52. Edition, München 2022.
- Bekar**, Elif: Türk ve Amerikan Ceza Hukukunda Zorunluluk Hali, Ankara 2013.
- Bringewat**, Peter: *Grundbegriffe des Strafrechts*, 2. vollständig überarbeitete Auflage, Baden-Baden 2008.
- Centel**, Nur/**Zafer**, Hamide/**Çakmut**, Özlem: *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, 11. Bası, İstanbul 2020.
- Çağlayan**, M. Muhtar: *Türk Ceza Kanunu, C. 2, (Madde 125-315)*, 3. Baskı, Ankara baskı tarihi yok.
- Çelen**, Ömer: *Bir İştirak Şekli Olarak Yardım Etme (Asli Fail-Yardım Eden Ayrımı)*, Ankara 2020.¹
- Çolak**, Haluk: “Hükümlü Veya Tutuklunun Kaçması (Fırar) Suçu”, *Terazi Hukuk Dergisi*, C. 16, S. 182, Ekim 2021.
- Demirbaş**, Timur: *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 16. Baskı, Ankara 2021.
- Demirbaş**, Timur: *Haksız Tahrik*, 3. Baskı, Ankara 2021.
- Demirbaş**, Timur: *İnfaz Hukuku*, 8. Baskı, Ankara 2021.
- Demirel**, Muhammed: *Suçta İştirakte Bağlılık Kuralı*, İstanbul 2017.
- Donay**, Süheyl: *Türk Ceza Kanunu Şerhi*, İstanbul 2007.
- Dönmezer**, Sulhi/**Erman**, Sahir: *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım, C. I*, 11. Baskı, İstanbul 1994.
- Dönmezer**, Sulhi/**Yenisey**, Feridun: *Karşılaştırmalı Türk Ceza Kanunu ve 1997 Tasarısı, Gerekçeler*, İstanbul 1998.
- Dursun**, Selman: “İade Amacıyla Geçici Tutuklama ve Diğer Koruma Tedbirleri”, *Dokuz Eylül Üniversitesi HFD, Prof. Dr. Durmuş Tezcan’a Armağan*, C. 21, Özel Sayı, 2019.
- Erdurak**, Yılmaz Güngör: *Türk Ceza Kanunu*, Yenilenmiş 3. Bası, Adil Yayınevi, Ankara 1994.
- Erem**, Faruk, “Fırar Cürmü”, *AD*, S. 9, 1955.
- Erem**, Faruk, *Adliye Aleyhinde Cürümler*, Ankara 1955.
- Erem**, Faruk: *Türk Ceza Kanunu Şerhi, Özel Hükümler, C. 2*, Ankara 1993.
- Erem**, Faruk: *Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku, C. 3, Özel Hükümler*, 3. Baskı, Ankara 1985.
- Evik**, Vesile Sonay: *Suçta İştirakte Yardım Edenin Ceza Sorumluluğu*, 2. Baskı, İstanbul 2011.
- Gerçekler**, Hasan: *Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, C. 2, (Madde 141-345)*, 5. Baskı, Ankara 2020.
- Gödekli**, Mehmet: “Türk Ceza Öğretisi ve Uygulamasında Etkin Pişmanlık”, *TAAD*, Y. 7, S. 29, Ocak 2017.
- Gökcan**, Hasan Tahsin/**Artuç**, Mustafa: *Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu Şerhi, C. 6 (M. 255-345)*, Ankara 2021.
- Gökcan**, Hasan Tahsin/**Artuç**, Mustafa: *Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu Şerhi, C. I, (M. 1-44)*, Ankara 2021.
- Gökcan**, Ahmet/**İçer**, Zafer: “Hükümlü Veya Tutuklunun Kaçması, Öngörülen Sürede İlgili Mercilere Teslim Olmaması Suçları (TCK m. 292, 293; CGTİK m. 97/1, 105/A-8, 58/3)”, *Antalya Bilim Üniversitesi HFD*, C. 8, S. 16, Aralık 2020.
- Gözübüyük**, Abdullah Pulat: *Alman, Fransız, İsviçre ve İtalyan Ceza Kanunlarıyla Mukayeseli Türk Ceza Kanunu Şerhi, C. 3, (Hususi Kısım-Cürümler)*, (Madde 282-447), 5. Bası, (Baskı tarihi yok).

- Güney**, Niyazi/**Özdemir**, Kenan/**Balo**, Yusuf, S.: *Yeni Türk Ceza Kanunu*, Ankara 2004.
- Günther**, Klaus: “Ceza İnfaz Hukukunun İnsan İmgesi”, *İnfaz Hukukunun Sorunları*, (Sempozyum 24/25.11.2000), Ankara 2001.
- Hafizoğulları**, Zeki/**Özen**, Muharrem: *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Millete ve Devlete Karşı Suçlar*, Ankara 2016.
- Hakeri**, Hakan: *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 23. Baskı, Ankara 2020.
- Heinrich**, Bernd: *Ceza Hukuku Genel Kısım I*, (Ed.: Yener Ünver), Ankara 2014.
- Hildebrant**, Richart J. (Çev: Sait **Rezaki**): “Fırarın Anatomisi”, *AD*, Y. 60, S. 11, Kasım 1969.
https://cdn-acikogretim.istanbul.edu.tr/auzefcontent/20_21_Guz/ceza_hukuku/11/index.html#konu-6
- İçel**, Kayıhan: *Suçların İctimai*, İstanbul 1972.
- İlhan**, Abdülkadir/**Erel**, Kemalettin vd.: *Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararları (2005-2015)*, Ankara 2015.
- Kangal**, Zeynel T.: “Cebir Kullanma Suçu”, *Prof. Dr. Mehmet Emin Artuk’a Armağan*, (Ed.: Mahmut Koca), Ankara 2020.
- Kangal**, Zeynel T.: “Görevi Yaptırmamak İçin Direnme”, *Prof. Dr. Feridun Yenisey’e Armağan C. I*, İstanbul 2014.
- Kangal**, Zeynel T.: “Türk Ceza Hukukunda Haksız Tahrik”, *Erzincan Üniversitesi HFD*, C. 14, S. 3-4, 2010.
- Kangal**, Zeynel T.: *Ceza Hukukunda Zorunluluk Durumu*, Ankara 2010.
- Karakaş Doğan**, Fatma: *Cezanın Amacı ve Hapis Cezası*, İstanbul 2010.
- Karakehya**, Hakan/**Özger**, Hande: “Örgütlü Hapishane Sistemine Geçiş Sürecine İlişkin Tespitler”, *Dokuz Eylül Üniversitesi HFD*, C. 23, S. 1, 2021.
- Katoğlu**, Tuğrul: “Ceza Hukukunda Suçun Mağdur Kavramının Sınırları”, *Ankara Üniversitesi HFD*, C. 61, S. 2, 2012.
- Kaymaz**, Seydi/**Gökcan**, Hasan Tahsin: *Açıklamalı ve İctihatlı Uygulamada Sulh Ceza Davaları*, Ankara 1998.
- Kaymaz**, Seydi: “5237 Sayılı Türk Ceza Kanuna Göre İştirak Halinde İşlenen Suçlarda Nitelikli Hallerin Diğer Suç Ortaklarına Geçiş Sorunu”, *Gazi Üniversitesi HFD*, C. XVI, S. 2, 2012.
- Keyman**, Selâhattin: “Cürmi Fiilin Yapısal Unsuru Olarak Hareket”, *Ankara Üniversitesi HFD*, C. 40, S. 1, 1988.
- Keyman**, Selâhattin: *Türk Hukukunda Af*, (Genel Af-Özel Af), Ankara 1965.
- Kim**, Jong-Hwan: “Entweichung von Gefangenen und persönliche Begünstigung im koreanischen Strafrecht”, *CHKD*, C. 4, S. 2, 2016.
- Kitapçioğlu Yüksel**, Tülay: *Özgü Suç*, İstanbul 2021.
- Koca**, Mahmut/**Üzülmez**, İlhan: *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 14. Baskı, Ankara 2021.
- Koca**, Mahmut/**Üzülmez**, İlhan: *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 7. Baskı, Ankara 2020.
- Kunter**, Nurullah: *Suçun Maddi Unsurlar Nazariyesi*, İstanbul 1954.
- Kühl**, Kristian/**Heger**, Martin: (Lackner/Kühl), *Strafgesetzbuch*, 29. neu bearbeitete Auflage, München 2018.
- Külçür**, Erdem İzzet: *Ceza Hukukunda Yer Bakımından Uygulama*, İstanbul 2017.

- Majno**, *Ceza Kanunu Şerhi Türk ve İtalyan Ceza Kanunları*, C. 2, Ankara 1978.
- Maurach**, Reinhart/**Schroeder**, Friedrich Cristian/**Maiwald**, Manfred: *Strafrecht Besonderer Teil*, Teilband 2, Straftaten gegen Gemeinschaftswerte, 10. Auflage, Heidelberg, München, Landsberg, Frechen, Hamburg 2012
- Meran**, Necati: *Açıklamalı-İçtihatlı Sulh Ceza Davaları*, Ankara 2007.
- Ostendorf**, Heribert, Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, *Strafgesetzbuch*, (Nomos Kommentar), 5. Auflage, 2017.
- Ostendorf**, Heribert: “Das Verbot einer strafrechtlichen und disziplinarrechtlichen Ahndung der Gefangenen selbstbefreiung”, *NStZ*, S. 313, 2007.
- Otacı**, Cengiz/**Öztekin**, Murat/**Özyadın**, Fatih: *TCK Genel Hükümleri Yargıtay Yorumu*, (2013-2015 Kararları), 2. Baskı, Ankara 2016.
- Öner**, Hamdi: “Mevkuf ve Mahkumların Firar Suçları Hakkında Bir Tetkik”, *Adliye Dergisi*, S. 4, Y. 35, 1944.
- Önok**, R. Murat: *Yapısal Suçlarda Failin Tespiti: Müşterek Suç Girişimi (Joint Criminal Enterprise) ve Örgütsel Hakimiyete Dayalı Dolaylı Faillik Doktrinleri*, Ankara 2019.
- Özbek**, Veli Özer/**Doğan**, Koray/**Bacaksız**, Pınar: *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 12. Baskı, Ankara 2021.
- Özbek**, Veli Özer/**Doğan**, Koray/**Bacaksız**, Pınar: *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 16. Baskı, Ankara 2021.
- Özbek**, Veli Özer: “Suç Genel Teorisi Bakımından Ortaya Çıkan Bazı Sorunlar ve Görüşlerimiz”, *CHD*, C. 6, S. 15, Nisan 2011.
- Özek**, Çetin: “Adliyeye Karşı Suçların Hukuksal Konusu”, *İHFM*, C. 55, S. 3, 1997.
- Özek**, Çetin: “Türk Ceza Kanununun 50 Yılında Devlete Karşı Suçlar”, Tartışmalar Kısmı, in: *Değişen Toplum ve Ceza Hukuku Karşısında TCK'nın 50 Yılı ve Geleceği*, İstanbul 1977.
- Özen**, Mustafa: *Suçların İçtimaı (Zincirleme Suç - Fikri İçtima - Bileşik Suç)*, (Doktora Tezi), Ankara 2008.
- Özgenç**, İzzet: ““İzinli” Olarak İnfaz Kurumu Dışına Çıkarılan Hükümlünün Süresinde İzinden Dönmemesi Halinde Ceza Hukuku Sorumluluğuna İlişkin Yargıtay 16. Ceza Dairesi Kararının Değerlendirilmesi”, <https://izzetozgenc.com/makale/%E2%80%9Cizinli%E2%80%9D-olarak-infaz-kurumu-disina-cikarilan-hukumlunun-suresinde-izinden-donmemesi-halinde-ceza-hukuku-sorumluluguna-iliskin-yargitay-16-ceza-dairesi-kararinin-degerlendirilmesi>.
- Özgenç**, İzzet: *Ceza Hukuku Genel ve Özel Hükümler Sınav Soru ve Cevapları*, Ankara 2021.
- Özgenç**, İzzet: *Suçta İştirakin Hukuki Esası ve Faillik*, İstanbul 1996.
- Özgenç**, İzzet: *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 17. Baskı, Ankara 2021.
- Öztürk**, Bahri/**Erdem**, Mustafa Ruhan: *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, 21. Baskı, Ankara 2021.
- Özütürk**, Nejat: *Türk Ceza Kanunu Şerhi ve Tatbikatı*, C. 2, Ankara 1966.
- Özyüksel**, Özgün: *Türk Ceza Hukukunda Dolaylı Faillik*, Ankara 2021.
- Parlar**, Ali/**Hatipoğlu**, Muzaffer: *Açıklamalı-Yeni İçtihatlarla Türk Ceza Kanunu Yorumu*, C. 4 (230-345. Maddeler), 3. Baskı, Ankara 2010.
- Parlar**, Ali/**Öztürk**, Mustafa: *Uygulamada Adliyeye Karşı Suçlar*, İstanbul 2018.
- Sancar**, Türkan Yalçın/**Köprülü**, Timuçin: *Ceza Hukuku Genel Hükümler Uygulamalı Çalışmaları*, 2. Baskı, Ankara 2015.

- Sancar**, Türkan Yalçın: *Çok Failli Suçlar*, Ankara 1998.
- Savaş**, Vural/**Mollamahmutoğlu**, Sadık: *Türk Ceza Kanunu Yorumu, C. 2, (Madde 125-315)*, Ankara 1995.
- Sözüer**, Adem: “Tehdit Suçu”, *İHFM*, C. 54, S. 1-4, 1994.
- Şahin**, Cumhuriyet/**Göktürk**, Neslihan: *Ceza Muhakemesi Hukuku II*, 12. Bası, Ankara 2022.
- Şanal**, Şemsettin/**Aydınöz**, Selçuk: *Notlu ve İçtihatlı Türk Ceza Kanunu*, İstanbul 1979.
- Şen**, Ersan: “Tazyik Hapsinin İnfazı Sırasında Kaçan Sanığın Durumu” <https://www.hukukihaber.net/tazyik-hapsinin-infazi-sirasinda-kacan-sanigin-durumu-makale,5558.html>
- Tezcan**, Durmuş/**Erdem**, Mustafa Ruhan/**Önok**, R. Murat: *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 19. Baskı, Ankara 2021.
- Toroslu**, Nevzat/**Toroslu**, Haluk: *Ceza Hukuku Genel Kısım*, 26. Baskı, Ankara 2021.
- Toroslu**, Nevzat/**Toroslu**, Haluk: *Ceza Hukuku Özel Kısım*, 11. Baskı, Ankara 2021.
- Tozman**, Önder: “Suçun Tamamlanması ve Sona Ermesi Kavramları”, *Erciyes Üniversitesi HFD*, C. 3, S. 1, 2008.
- Turhan**, Faruk/**Aksan**, Murat: “Ceza Muhakemesinde Mahkemelerin Yer Bakımından Yetkisi - Doktrin ve Uygulama İşinde Kanun Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, *Prof. Dr. Mehmet Emin Armağan’ı*, (Ed.: Mahmut Koca), Ankara 2020.
- Turhan**, Faruk: “6706 Sayılı Cezai Konularda Uluslararası İş Birliği Kanunu’nun Kapsamı ve Genel Hükümleri Hakkında Bir Değerlendirme”, *Dokuz Eylül Üniversitesi HFD, Prof. Dr. Durmuş Tezcan’a Armağan*, C. 21, Özel Sayı, 2019.
- Turhan**, Faruk: “Cezai Konularda Uluslararası Adli İş Birliği Kanununa Göre İadenin Kabul Edilebilirlik Koşulları: Doktrin Ve Uluslararası Gelişmeler Işığında Bir Değerlendirme”, *Süleyman Demirel Üniversitesi HFD*, C. 8, S. 2, 2018.
- Türk Ceza Kanunu Öntasarısı Komisyonca Hazırlanan Metin, Ankara 1987.
- Türk Ceza Kanunu Öntasarısının Gerekçesi, Ankara 1987, s. 249-250.
- Uğraş**, Ahmet Mesut: *Hükümlü Veya Tutuklunun Kaçması Suçu*, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2021.
- Ünver**, Yener/**Hakeri**, Hakan: *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 18. Baskı, Ankara 2021.
- Ünver**, Yener: *TCK’da Düzenlenen Adliye Karşı Suçlar, İftira, Suç Uydurma, Suç Üstlenme, Yalan Tanıklık ve Bilirkişilik, İnfaz Kurumlarından Kaçma*, 6. Baskı, Ankara 2021.
- Wessels**, Johannes/**Beulke**, Werner/**Satzger**, Helmut: *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 44. neu bearbeitete Auflage, Heidelberg, München, Landsberg, Frechen, Hamburg 2014.
- Yalvaç**, Gürsel: *Karşılaştırmalı-Gerekçeli İçtihatlı Türk Ceza Kanunu*, Ankara 2008.
- Yaşar**, Osman: *İçtihatlı Türk Ceza Kanunu*, Ankara 2001.
- Yener**, Orhan: *Tatbikatta Ağır Ceza Davaları*, Ankara 1994.
- Yenisey**, Feridun/**Plagemann**, Gottfried: *Alman Ceza Kanunu, Strafgesetzbuch (StGB)*, 2. Baskı, İstanbul 2015.
- Yıldız**, Ali Kemal: “Entweichung eines Strafgefangenen oder Untersuchungshäftlings im türkischen Strafrecht”, *CHKD*, C. 4, S. 2, 2016.
- Yıldız**, Ali Kemal: *Cebir, Özel Ceza Hukuku, C. III, Hürriyete, Şerefe, Özel Hayata, Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar*, İstanbul 2018.

Yıldız, Ali Kemal: *Hükümlü Veya Tutuklunun Kaçması, Özel Ceza Hukuku, C. X, Adliye Karşı Suçlar, (TCK m. 267-298)*, İstanbul 2021.

Yıldız, Ali Kemal: *Tehdit, Özel Ceza Hukuku, C. III, Hürriyete, Şerefe, Özel Hayata, Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar*, İstanbul 2018.

Yokuş Sevik, Handan: *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 3. Baskı, Ankara 2020.

Zafer, Hamide: *Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m.1-75*, 6. Bası, İstanbul 2016.

Limited Şirket Sözleşmesinde Zorunlu Kayıtların Düzenlenmesi*

M. Fatih CENGİL 

Ar. Gör. Dr., Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Özel Hukuk (Ticaret Hukuku), mfatihcengil@gmail.com
(Sorumlu Yazar / Corresponding Author)

| Makale Bilgileri | ÖZ |
|--|--|
| <p>Makale Geçmişi Geliş: 16.05.2022 Kabul: 24.06.2022 Yayın: 28.06.2022</p> <p>Anahtar Kelimeler: Limited şirket, şirket sözleşmesi, zorunlu kayıtlar, pay, sermaye.</p> | <p>Limited şirket sözleşmesi, limited şirketin anayasası olarak ifade edilir. Şirket sözleşmesi, limited şirketler hukukunda çok önemli bir yere sahip bir hukuk kaynağıdır. Limited şirket sözleşmesinde şirketler hukuku düzleminde etkilerini gösteren iki farklı temel kayıt türü bulunmaktadır. Bunlardan biri çalışmamızın da konusunu oluşturan ve TTK m. 576'da gösterilen şirket sözleşmesinde yer alması gereken zorunlu kayıtlar iken diğeri ise TTK m. 577'de ve Kanunun muhtelif hükümlerinde gösterilen geçerliliği şirket sözleşmesinde öngörülmesine bağlı olan ihtiyari kayıtlardır.</p> <p>Türk limited şirketler hukukunda olduğu gibi İsviçre, Alman ve Avusturya limited şirketler hukukunda da şirket sözleşmesinde zorunlu olarak bulunması gereken hükümler öngörülmüştür. Mutlak zorunlu hükümler İsviçre hukukunda İsvBK m. 776'da, Alman hukukunda AGmbHG § 3/f. 1'de ve Avusturya hukukunda AvGmbHG § 4/f. 1'de gösterilenlerden ibarettir. Bu hükümler, limited şirket sözleşmesinin asgari içeriğini oluşturmaktadır.</p> <p>Çalışmamızda limited şirket sözleşmesinde yer alması gereken zorunlu kayıtların ne şekilde şirket sözleşmesinde düzenlenebileceği ele alınmaktadır.</p> |

Regulation of Mandatory Clauses in the Articles of Association of Limited Liability Company

| Article Info | ABSTRACT |
|--|---|
| <p>Article History Received: 16.05.2022 Accepted: 24.06.2022 Published: 28.06.2022</p> <p>Keywords: Limited liability company, Articles of association, Mandatory clauses, Share, Capital.</p> | <p>The articles of association of limited liability company is regarded as the constitution of limited liability company. The articles of association is a very significant source in the law of limited liability company. In the articles of association, there are two different fundamental types of clauses that reveal their effects on the company law. One of them is mandatory clauses, which is also the subject of our study, that must be included in the company contract pursuant to article 576 Turkish Commercial Code (TCC), whereas the other is discretionary clauses that are addressed in article 577 and various other provisions of the TCC, the validity of which is subject to their being placed in the memorandum of association.</p> <p>As in the Turkish law of limited companies, mandatory clauses that must be included in the articles of association can be found in the Swiss, German, and Austrian law of limited companies. Absolute mandatory clauses are the ones that are listed in article 776 of IsvBK in Swiss Law, article § 3/f. 1 of AGmbHG in German Law and § 4/f. 1 of AvGmbHG in Austrian Law. These clauses constitute the minimum content of the articles of association of limited liability company.</p> <p>In this study, the question of how mandatory clauses that must be included in the articles of association of limited liability companies could be designed in the articles of association is addressed in detail.</p> |

Atıf/Citation: Cengil, M.F. (2022). Limited Şirket Sözleşmesinde Zorunlu Kayıtların Düzenlenmesi, *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 5(1), s.302-325.

Plagiarism: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. // This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.



"This article is licensed under a [Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/) (CC BY-NC 4.0)"

* Bu makale Çukurova Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Doktora Programı kapsamında hazırlanmış olduğum "Limited Şirket Sözleşmesi" başlıklı doktora tezinden türetilmiştir.

GİRİŞ

Şirket sözleşmesi limited şirketler hukukunda çok önemli bir yere sahip bir hukuk kaynağıdır. Limited şirket sözleşmesinin iki farklı yönü bulunmaktadır¹. Birincisi şirket sözleşmesi kurucular arasında bir şirketin kurulmasına ilişkin bir anlaşma ihtiva eder. Bu onun borçlar hukuku temelli sözleşme olduğunu gösterir². İkincisi ise şirket sözleşmesi şirketin anayasasını (“*Verfassung*”) ifade eder³. Bu bakımdan şirket sözleşmesi sadece sözleşme taraflarının hak ve yükümlülükleriyle ilgili değildir. Aynı zamanda o, kurulacak olan şirketin ve bu şirket kapsamında mevcut ya da müstakbel ortakların tabi olduğu yasaları da öngörür. Bu anayasada şirketin organizasyonu, organların yetki ve görevleri, ortaklık yapısı, ortakların hak ve yükümlülüklerine ilişkin düzenlemeler yer alır.

Limited şirket sözleşmesinde şirketler hukuku düzleminde etkilerini doğuran iki farklı kayıt türünden söz edilir. Bunlardan biri çalışmamızın da konusunu oluşturan ve TTK m. 576’da gösterilen şirket sözleşmesinde yer alması gereken zorunlu kayıtlar diğeri ise TTK m. 577’de ve Kanunun muhtelif hükümlerinde gösterilen geçerliliği şirket sözleşmesinde öngörülmesine bağlı olan ihtiyari kayıtlardır.

I. Genel Olarak

Türk, İsviçre, Alman ve Avusturya hukukunda limited şirket sözleşmesinde zorunlu olarak bulunması gereken hükümler öngörülmüştür. Mutlak zorunlu hükümler Türk hukukunda 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (TTK) m. 576’da; İsviçre hukukunda İsviçre Borçlar Kanunu (İsvBK) m. 776’da, Alman hukukunda Limited Şirketler Kanunu (AGmbHG) § 3/f. 1’de ve Avusturya hukukunda Limited Şirketler Kanunu (AvGmbHG) § 4/f. 1’de gösterilenlerden ibarettir. Bu hükümler limited şirket sözleşmesinin asgari içeriğini oluşturmaktadır⁴. Diğer bir deyişle sadece bu zorunlu hükümleri ihtiva eden bir şirket sözleşmesinin düzenlenmesi ve bunun temelinde bir limited şirketin kurulması mümkündür.

Limited şirket sözleşmesinin asgari içeriğinin kanunda tespit edilmesi onun diğer şirket türlerinden ve tür içindeki diğer hukuki kişilerden ayrılmasını sağlar. Böylece şirketin tabi olduğu kanuni hükümler (limited şirketlere ilişkin kanun hükümleri) ve şirketin hukuki kişiliği ayırt edilmiş ve belirlenmiş olur. Yine şirketin hangi konularda faaliyet yürüteceği ve bu faaliyetlerde kimin yetkili olduğu tespit edilmek suretiyle durum üçüncü kişilerin bilgisine sunulur. Ayrıca şirket tarafından yapılacak ilanların şekline ilişkin hükmün zorunlu kılınmasıyla ortakların, alacaklıların ve ilgili üçüncü kişilerin ilanları takip edebilmeleri ve duyurulan bilgilere vakıf olabilmeleri temin edilmektedir⁵. Özetle mutlak zorunlu hükümlerin öngörülmesi hukuk

¹ Wohlmann, Herbert. *Schweizerisches Privatrecht, C: VIII/2, Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung*, Helbing & Lichtenhahn Verlag, Basel, 1982, s. 341; Michalski, Lutz/Heidinger, Andreas/Leible/Schmidt, Jessica: *Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbH-Gesetz)*, C. H. Beck Verlag, München, 2017, § 2, N. 32.

² Schmidt (Michalski / Heidinger / Leible), § 2, N. 32.

³ König, Walter. *Statut, Reglement, Observanz, Die Formen einer Körperschaftsordnung*, Zürich, 1934, s. 15; Schmidt (Michalski / Heidinger / Leible), § 2, N. 32.

⁴ Schmidt-Leithoff, Christian (Rowedder, Heinz). *GmbHG Kommentar*, Vahlen Verlag, 6. Auflage, München, 2017, § 3, N. 4.

⁵ Çebi, Hakan. *Limited Şirketler Hukuku*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, s. 58.

düzeninde bir hukuki kişi olarak şirketin temel yapısını ortaya koymakta ve ortakların ve kamunun menfaatine hizmet etmektedir.

Mutlak zorunlu hükümlerin kuruluş sözleşmesinde yer alması zorunlu olmakla birlikte şirketin tescilinden sonra bunların şirket sözleşmesinin değişikliği yoluyla değiştirilmesi mümkündür. Ancak herhâlde bu hükümlere ilişkin içerik şirket sözleşmesinde yer almak zorundadır.

Ticaret sicil müdürü, TTK m. 32 uyarınca, şirket sözleşmesinin bu hükümleri içerip içermediğini incelemekle yükümlüdür. Mutlak zorunlu hükümler kanunda açık bir şekilde öngörüldüğünden ticaret sicil müdürlüğü kolayca incelemeyi yapabilir. Bu hükümleri içermeyen bir limited şirket sözleşmesine binaen şirketin ticaret siciline tescili için başvurulduğunda tescil işlemi ticaret sicil müdürlüğüne reddedilir⁶.

Mutlak zorunlu hükümlerin şirket yapısının ortakların isteklerine göre şekillendirilmesinde sınırlı etkisi bulunmaktadır. Dolayısıyla şirket sözleşmesinin sadece bu asgari içerikte hazırlanması hâlinde bu şirket sözleşmesine dayanan limited şirket, kanuni forma çok yakındır. Başka bir anlatımla kanundaki emredici hükümler yanında tamamlayıcı hükümlerde de kanundaki hükümler uygulanır.

II. Türk Hukukunda ve Karşılaştırmalı Hukukta Kanuni Düzenleme

Türk limited şirket hukukunda şirket sözleşmesinin asgari içeriği diğer bir deyişle şirket sözleşmesinde bulunması gereken zorunlu kayıtlar TTK m. 576/f. 1’de öngörülmüştür. Buna göre bir limited şirket sözleşmesi,

“-şirketin ticaret unvanı ve merkezinin bulunduğu yeri,

- Esaslı noktaları belirtilmiş ve tanımlanmış bir şekilde şirketin işletme konusunu,

- Esas sermayenin itibarî tutarını,

- Esas sermaye paylarının sayısını ve itibarî değerlerini,

- Varsa imtiyazları,

- Esas sermaye paylarının gruplarını,

- Müdürlerin adları, soyadları, unvanları ve vatandaşlıklarını,

- Şirket tarafından yapılacak ilanların şeklini”

içermek zorundadır. Şirket sözleşmesinin, kural olarak, sadece bu içerikle kurulması mümkündür. Kayıtların her biri limited şirketler hukukunda önemli amaçlara hizmet etmektedir.

Şirketler sınırlı sayıda kanunda belirtilmiştir. Her şirketin de temel ayırt edici özellikleri Kanunda öngörülmüştür. Bunun sağlanabilmesi için de Kanunda zorunlu içerik öngörülmüştür.

Karşılaştırmalı hukukta ise şirket sözleşmesinin zorunlu içeriği şu şekilde öngörülmüştür:

İsviçre hukukunda şirket sözleşmesinde belirtilmesi gereken zorunlu unsurlar şunlardır:

⁶ C. Schmidt-Leithoff (Rowedder), § 3, N. 5.

- Şirketin ticaret unvanı ve merkezi,
- Şirketin amacı,
- Esas sermayenin tutarı ve sermaye paylarının sayısı ve itibar değerleri,
- Şirket tarafından yapılacak ilanların şekli (OR 776).

Alman hukukunda şirket sözleşmesi şu kayıtları içermek zorundadır:

- Şirketin ticaret unvanı ve merkezi,
- İşletme konusu,
- Esas sermaye tutarı,
- Her ortağın esas sermayeye getirmeyi yükümlendiği sermaye paylarının sayısı ve itibari değerleri (AGmbHG § 3/f. 1).

Avusturya hukukunda limited şirket sözleşmesinde bulunması gereken zorunlu kayıtlar AvGmbHG § 4/f. 1'de gösterilmiştir. Bu hükme göre;

- Şirketin ticaret unvanı ve merkezi,
- İşletme konusu,
- Esas sermaye tutarı,
- Her bir ortak tarafından şirket sermayesine getirilmesi üstlenilen sermayenin tutarı.

Görüldüğü üzere Avusturya hukuku ile Alman hukuku bu noktada neredeyse aynı düzenlemeyi içermektedir. Tek fark Avusturya hukukunda şirket sermaye paylarının sayısının Kanunda zorunlu kayıtlar arasında gösterilmemesidir. Bunun nedeni de, Türk, İsviçre ve Alman hukukundan farklı ancak sayılan bu hukukların eski düzenlemelerine uygun olarak, Avusturya hukukunda her ortak ancak bir sermaye payına sahip olabilmektedir.

III. Zorunlu Kayıtların Şirket Sözleşmesinde Düzenlenmesi

A. Ticaret Unvanı

Tacirin ticari hayattaki adı anlamını taşıyan ticaret unvanı, şirket sözleşmesinde yer alması gereken zorunlu unsurlardan biridir (TTK m. 576/f. 1-a)⁷. Her tacir ticaret unvanı seçmek ve bunu ticaret siciline tescil ettirmekle yükümlüdür (TTK m. 18/f. 1; m. 39/f. 1; m. 40/f. 1). Bu nedenle ticaret unvanı tacirin ticaret sicilindeki tescilli adı olarak da tanımlanmaktadır⁸. Her tacir ticari işletmesine ilişkin işlemlerini ticaret unvanı altında gerçekleştirir. Unvan şirketin hukuki ilişkide

⁷ İsviçre (OR m. 776), Alman (GmbHG § 3/1) ve Avusturya hukukunda (AvGmbHG § 4/f. 1) da ticaret unvanı limited şirket sözleşmesinin zorunlu unsurlarındandır.

⁸ Bayer, Walter (Lutter, Marcus / Hommelhoff, Peter. *GmbH-Gesetz*, Otto Schmidt Verlag, 19. Auflage, Köln, 2016, § 4, N. 2; Jörg, Florian S. / Arter, Oliver. *Das Recht der Schweizerischen Gesellschaft mit Beschränkter Haftung (GmbH)*, Stämpfli Verlag, Bern, 2015, s. 43. Hukuk süjesini nitelendiren ticaret unvanı işletmeyi nitelendiren işletme adından ve işletmenin mal ve hizmetlerinin ayırt edilmesini sağlayan markadan ayrılır (Jung, Peter [Kunz, Peter / Bärtschi, Harald]. *Gesellschaftsrecht*, Schulthess, Zürich/Basel/Genf, 2018, s. 177-178, N. 44-46).

bireyselleştirilmesine hizmet etmektedir⁹. Bir ticaret şirketi olan limited şirket tacir olması hasebiyle ticaret unvanı kullanmak durumundadır (TTK m. 16/f. 1; m. 18/f. 1).

Ticaret unvanının dört temel işlevi bulunmaktadır. Bunlar; ayırt etme işlevi, bilgilendirme işlevi, reklam işlevi ve değer taşıma işlevi^{10, 11}.

Ticaret unvanı limited şirket tüzel kişiliğin adı anlamına geldiğinden birden fazla ticari işletme de işletilse sadece bir tane ticaret unvanı kullanılır (“ticaret unvanının tekliği ilkesi” [“*Grundsatz der Firmeneinheit*”])¹².

Ticaret unvanı belirlenirken ticaret unvanı oluşturmanın genel ilkelerine uyulması gerekir¹³. Ticaret unvanının içeriği gerçekliğe uygun, karıştırmaya yol açmayan ve kamusal menfaatler aykırı olmayan¹⁴ bir şekilde oluşturulmalıdır¹⁵. Bu itibarla ticaret unvanı seçilirken ticaret kanunu, medeni kanun ve Ticaret Unvanları Hakkında Tebliğ, sınai mülkiyet kanunu hükümleri dikkate alınmak zorundadır. Bu hükümler çerçevesinde limited şirket, kendi ticaret unvanını serbestçe seçebilir (TTK m. 43/f. 1). Bu serbesti gerek kuruluşta gerek şirketin tescilinden sonra şirket sözleşmesi değişikliği yoluyla değişikliklerde geçerlidir¹⁶.

Ticaret unvanı temelde çekirdek ve ek kısımdan oluşmaktadır. Çekirdek kısmın daima ticaret unvanında bulunması gerekir. TTK m. 46 hükmüne uygun olarak belirlenmesi gereken ek kısım ise, kural olarak, ihtiyaridir. Bununla birlikte bazı hâllerde zorunlu olarak ticaret unvanına ek yapılması gerekir.

Gerçekte hiçbir dile dayanmayan hayal ürünü isimler ek olarak ticaret unvanında kullanılabilir¹⁷. Bu tarz kelimeler bir yandan öncelikle ticaret unvanının Ticaret Unvanları Hakkında Tebliğ’in “iltibas” başlıklı 5. maddesindeki öngörülen iltibas kurallarına takılmadan tescil edilmesine ve diğer yandan ticaret unvanının diğerlerinden ayrılarak bireyselleşmesine hizmet eder¹⁸. Bu bağlamda farklı iki kelimenin parçasından oluşan “biltek” (bilgi teknolojileri) gibi ifadeler tercih edilebilir¹⁹.

⁹ Baudenbacher, Carl / Gobel, Alexander / Speitler, Philipp. *Basler Kommentar Obligationenrecht: OR II Art. 530-964 OR (Art. 1-6 SchlT AG, Art. 1-11 ÜBest GmbH)*, Helbing & Lichtenhahn Verlag, 4. Auflage, Basel, 2016, art. 772, N. 19.

¹⁰ Ticaret unvanı iktisadi bir değer ifade edebilir. Bu değer “Goodwill” denilen işletme değerinin bir bileşenidir (Jung [Kunz / Bärtschi], s. 181, N. 54).

¹¹ Jung (Kunz / Bärtschi), s. 181, N. 54.

¹² Bayer (Lutter / Hommelhoff), § 4, N. 3; Jung (Kunz / Bärtschi), s. 181, N. 55.

¹³ Trüeb, Hans Rudolf. *GmbH Handkommentar zum Schweizer Privatrecht*, Schulthess Verlag, Zürich, 2016, art. 776, s. 23, N. 2; Baudenbacher / Gobel / Speitler, m. 772, N. 19; Nussbaum, Martin / Sanwald, Reto / Scheidegger, Markus. *Kurzkommentar zum neuen GmbH-Recht*, Cosmos Verlag, Muri/Bern, 2007, s. 14, N. 3; Handschin, Lukas. *Die GmbH*, Zürich, 2019, s. 29, N. 21; Jörg / Arter, s. 43; Jung (Kunz / Bärtschi), s. 182, N. 56.

¹⁴ Ticaret Unvanları Hakkında Tebliğ m. 4/f. 3 uyarınca “*ticaret unvanında yer alan ibareler kamu düzenine, ulusal çıkarlara ve ahlaka aykırı olamaz, kültürel ve tarihi değerleri zedeleyecek şekilde belirlenemez.*”

¹⁵ Nussbaum / Sanwald / Scheidegger, s. 14-15, N. 3; Jung (Kunz / Bärtschi), s. 183., N. 60.

¹⁶ Bayer (Lutter / Hommelhoff), § 4, N. 4.

¹⁷ Trüeb, art. 776, s. 23, N. 4; Baudenbacher / Gobel / Speitler, m. 772, N. 19; Jörg / Arter, s. 43.

¹⁸ Krş. Bayer (Lutter / Hommelhoff), § 4, N. 8-9.

¹⁹ Bayer (Lutter / Hommelhoff), § 4, N. 13.

Limited şirket ticaret unvanının çekirdek kısmı işletme konusu ile şirket türünü gösteren ibareden oluşur (TTK m. 43). O hâlde unvanın çekirdek kısmında “limited şirket” ya da “limited ortaklık” ibaresi ile belirlenen işletme konusu (turizm, inşaat, ticaret, otomotiv, tekstil vs.) yer alır. “Limited şirket” ya da “limited ortaklık” yerine “sınırlı sorumlu şirket” gibi şirket türünü belli etmeyen ibareler kullanılamaz. Şirketin birden fazla işletme konusu varsa bunların tamamı ya da bir kısmı yazılabilir. Bununla birlikte bunlardan birisinin yazılması zorunlu ve yeterlidir (Ticaret Unvanları Hakkında Tebliğ m. 4/f. 5). İşletme konusu ile şirket türünü gösteren ibareler Türkçe ifade edilmelidir (Ticaret Unvanları Hakkında Tebliğ m. 4/f. 1). Bunlar dışında ticaret unvanında yer alacak ibareler başka bir dilde yazılabilir (Ticaret Unvanları Hakkında Tebliğ m. 4/f. 1). Şirket sözleşmesinde yer alan işletme konusunun değiştirilmesi hâlinde, duruma göre, ticaret unvanının da uyarlanması gerekebilir.

Limited şirket/ortaklık ibaresi yerine bu ibarenin kısaltılmış hâlinin ticaret unvanında yer alması mümkündür (TTK m. 43/f. 2). Ancak bu hâlde de kısaltılmış ibarenin yanlış anlaşılmaya mahal vermeyecek şekilde kullanılması gerekir²⁰. Örneğin “Ltd. Şti.”, “Limited Şti.”, “Ltd Şirket”, “Ltd. Ort” vb. kısaltmalar geçerlidir. Unvanda gerçek kişilerin ad ve soyadları da yer alabilir. Bunlar yabancı kişilere ait de olabilir²¹. Bu ihtimalde şirket türünü gösteren ibarenin unvanda kısaltılarak kullanılması mümkün değildir (TTK m. 43/f. 2). Yanıltıcı olmaması kaydıyla gerçek kişilerin ad ve soyadları unvanlarıyla (örneğin Dr.) birlikte de kullanılabilir²². İşletme konusunu gösteren ibareler ise kısaltma yapılarak ticaret unvanında kullanılamaz.

Ticaret unvanının ek kısmı sadece harf ya da sayıdan da oluşabilir²³. Örneğin “ABC Turizm Limited Şirketi” ya da “AA 23 Turizm Limited Şirketi” ya da “34 01 23 Turizm Limited Şirketi” şeklinde ticaret unvanı oluşturulması mümkündür.

Öte yandan tırnak işareti (“”), parantez (), kesme işareti (‘), aşağı ya da yukarı ok işareti, yıldız işareti (*) ve inceltme işareti (^) gibi işaretler, kural olarak, bir ticaret unvanı bağlamında telaffuz edilebilir olmadıklarından ticaret unvanında ek olarak yer alamaz. Ancak bu kural her işaret için geçerli olmayabilir. Son dönem Alman yargı kararlarında da işaret edildiği üzere “@” işaretinin kullanıldığı ticaret unvanları geçerli kabul edilebilir²⁴. Gerçekten örneğin “Met@verse Bilişim Limited Şirketi” şeklinde oluşturulan bir ticaret unvanı hem telaffuz edilebilir hem de anlaşılırdır.

Ticaret unvanında ek olarak resmi olarak tanımlanmış yer adlarının kullanılması mümkündür (Ticaret Unvanları Hakkında Tebliğ m. 4/f. 6). Ülke adları ise ilgili ülkenin yetkili makamından izin alınmak suretiyle kullanılabilir (Ticaret Unvanları Hakkında Tebliğ m. 4/f. 6).

Ticaret unvanı sonradan her zaman değiştirilebilir²⁵. Ticaret unvanının değiştirilmesi şirket sözleşmesinin değiştirilmesi anlamına gelir²⁶. Değişiklik TTK m. 589 bağlamındaki usul ve

²⁰ Bayer (Lutter / Hommelhoff), § 4, N. 4.

²¹ Bayer (Lutter / Hommelhoff), § 4, N. 11.

²² Bayer (Lutter / Hommelhoff), § 4, N. 11.

²³ Bayer (Lutter / Hommelhoff), § 4, N. 18.

²⁴ Bayer (Lutter / Hommelhoff), § 4, N. 19.

²⁵ Bayer (Lutter / Hommelhoff), § 4, N. 44; C. Schmidt-Leithoff (Rowedder), § 4, N. 71; Michalski / Heidinger / Leible / J. Schmidt, § 4, N. 62.

²⁶ Michalski / Heidinger / Leible / J. Schmidt, § 4, N. 62.

nisapla yapılır. Şüphesiz ki ticaret unvanı oluşturmaya ilişkin temel ilkeler bu ihtimalde de dikkate alınmalıdır²⁷. Diğer yandan ortaklardaki değişiklik, kural olarak, ticaret unvanında değişiklik gerektirmez²⁸.

B. Şirketin Merkezi

Şirket sözleşmesinde yer alması gereken zorunlu kayıtlardan bir diğeri şirketin merkezinin bulunduğu yerdir (TTK m. 576/f. 1-a)²⁹. Şirket merkezi, şirket sözleşmesinde kararlaştırılan yerdir³⁰. Bu nedenle doktrinde şirket merkezi “şirket sözleşmesel merkez” (“*Satzungssitz*”) olarak da nitelendirilmektedir³¹. Ticaret unvanı ile birlikte şirket merkezi, şirketin kimliği ve diğer şirketlerden ayrılması hususlarında esaslı bir unsurdur³². Şirket merkezi olarak seçilen yer, çoğunlukla, şirket faaliyetlerinin yürütüldüğü ve şirketin idare edildiği yerdir³³. Ancak işletmenin gerçekten bu seçilen merkezde faaliyet göstermesi ya da idare edilmesi, ilke olarak, şart değildir³⁴. Merkez olarak belirli bir “mülki idare biriminin” yazılması gerekli ve yeterlidir³⁵. O hâlde limited şirketin merkezinin seçiminde bir serbestiden söz edilebilir³⁶. Seçme serbestisinin sınırını hakkın kötüye kullanılması yasağı oluşturur³⁷.

Türk hukukuna göre bir limited şirketin kurulabilmesi için kuruluş sözleşmesinde şirket merkezinin Türkiye sınırları içerisinde bulunan bir mülki idare birimi olarak belirlenmesi

²⁷ Michalski / Heidinger / Leible / J. Schmidt, § 4, N. 62.

²⁸ Jörg / Arter, s. 44.

²⁹ İsviçre (OR m. 776), Alman (GmbHG § 3/1) ve Avusturya (GmbHG § 4/f. 1-b. 1) hukukunda da ticaret unvanı limited şirket sözleşmesinin zorunlu unsurlarındandır.

³⁰ Jung (Kunz / Bärtschi), s. 63, N. 49. AGmbHG § 4a’da şirket merkezi, şirket sözleşmesi ile belirlenen Almanya’daki bir yer olarak tanımlanmaktadır.

³¹ Trüeb, art. 776, s. 23, N. 4; Jaeger (Ziemons / Poschke), BeckOK GmbHG Kommentar, Beck Verlag, 44. Auflage, München, 2020, § 4a, N. 1; Servatius, Wolfgang (Noack, Ulrich / Haas, Ulrich; vormals Baumbach / Hueck). *Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung: GmbHG*, § 4a, N. 1; Altmeppen, Holger (Roth, Günter). *Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung: GmbHG*, C. H. Beck Verlag, 7. Auflage, München, 2012, § 4a, N. 1; Michalski / Heidinger / Leible / J. Schmidt, § 4a, N. 1; Wicke, Hartmut: *Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung: GmbHG*, 3. Auflage, C. H. Beck, München, 2016, § 4a, N. 1.

³² Jaeger (Ziemons / Poschke), § 4a, N. 3; Wicke, § 4a, N. 1.

³³ Stache, Ulrich. GmbH-Recht, 2. Auflage, Wiesbaden, 2018, s. 17.

³⁴ İsviçre hukuku bakımından aynı yönde bkz. Jörg / Arter, s. 44; Handschin, s. 29, N. 21. Alman hukuku bakımından aynı yönde bkz. Jaeger (Ziemons / Poschke), § 4a, N. 1; Servatius, (Noack / Haas, vormals Baumbach / Hueck), § 4a, N. 1, 4; Altmeppen (Roth), § 4a, N. 7; Wicke, § 4a, N. 1; Heinze, Stefan. *Münchener Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung: GmbHG*, Band I, §§1-34, C. H. Beck Verlag, 3. Auflage, München, 2018, § 4a, N. 9.

³⁵ Trüeb, art. 776, s. 23, N. 4; Jörg/Arter, s. 44; Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt, § 4a, N. 6; Wicke, § 4a, N. 3; Heinze, Münchener Kommentar GmbHG, 2018, § 4a, N. 5.

³⁶ İsviçre hukuku bakımından aynı yönde bkz. Trüeb, m. 776, s. 23, N. 4; Jörg/Arter, s. 44; Schenker, art. 776, N. 4; Handschin, s. 29; N. 21; Jung (Kunz/Bärtschi), s. 63, N. 49. Alman hukukunda da Jaeger (Ziemons/Poschke), § 4a, N. 1, 4; Altmeppen (Roth), § 4a, N. 7; Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt, § 4a, N. 2, 5. Şirket merkezi ne kuruluşta ne de daha sonra yurt dışına nakledilebilir (Heinze, Münchener Kommentar GmbHG, 2018, § 4a, N. 13). Ülke içinde tamamen farazi bir şirket merkezinin (“Posta kutusu şirketi”; “Briefkastengesellschaft”) seçilmesi de geçerlidir [Altmeppen (Roth), § 4a, N. 7]. Posta kutusu şirketi hâlinin hakkın kötüye kullanılması kapsamında olup olmadığı yönündeki tartışma için bkz. Heinze, Münchener Kommentar GmbHG, 2018, § 4a, N. 11.

³⁷ Schenker, art. 776, N. 4; Jörg / Arter, s. 44; Handschin, s. 29, N. 21; Jung (Kunz / Bärtschi), s. 63, N. 49; Altmeppen (Roth), § 4a, N. 8; Michalski / Heidinger / Leible / J. Schmidt, § 4a, N. 2; Heinze, § 4a, N. 11.

gerekir³⁸. TTK m. 587/f. 1³⁹ hükmü de bunu teyit etmektedir. Şirketin ticaret siciline tescilinden sonra şirket merkezi Türkiye içinde başka bir yere taşınabileceği gibi yurt dışına da taşınabilir⁴⁰.

Şirket merkezi olarak şirket sözleşmesinde gösterilen mülki idare birimi ismi birden fazla yerde kullanılıyorsa ayırıcı bir eke ihtiyaç vardır⁴¹. Ayrıca bir yer birden fazla mahkeme bölgesine ayrılmışsa başkaca somutlaştırma (sokak, semt) gerekmektedir⁴². Böylece yargısal yetki alanı açıklığa kavuşturulur⁴³.

Şirket sözleşmesinde şirket merkezinin yer alması zorunluluğu bu bağlamda şirketin açık adresinin şirket sözleşmesinde yer almasını şart koşmaz⁴⁴. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi de anonim şirketler özelinde vermiş olduğu yakın tarihli bir kararında şirketin açık adresinin şirket (esas) sözleşmesinde bulunmasının şart olmadığına hükmetmiştir⁴⁵. Buna karşın ticaret siciline tescil edilen şirket sözleşmelerinde şirket açık adresine de yer verildiği görülmektedir.

Bir limited şirket birden fazla işletme ya da idare yeri içerse bile sadece tek bir merkeze sahip olabilir⁴⁶.

Şirket merkezi farklı açılardan hukuki bir bağlantı noktası anlamını taşır⁴⁷. Gerçekten aşağıda belirtilen hususlar şirket merkezi ile bağlantılıdır:

- Limited şirkete karşı açılacak davalarda genel yetkili mahkeme şirket merkezinin bulunduğu yer mahkemesidir (HMK m. 6)⁴⁸.
- Şirket merkezinin bulunduğu yer mahkemesi limited şirketin ortaklık ilişkileriyle ilgili olarak ortaklarına karşı açılan davalarda kesin yetkilidir (HMK m. 14/f. 2).
- Kimi hâllerde yetkili icra dairesinin belirlenmesinde şirket merkezi rol oynamaktadır (İİK m. 50 atfıyla HMK'nın ilgili hükümleri uyarınca)⁴⁹.

³⁸ Hamamcıoğlu, Esra. *Aile Tipi Limited Şirketlerde Şirket Sözleşmesi*, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s. 54.

³⁹ TTK m. 587/f. 1: “Şirket sözleşmesinin tamamı, kurucuların imzalarının ticaret sicili müdürlüğünde yetkilendirilmiş personelin huzurunda imzalandığı tarihi izleyen otuz gün içinde, şirketin merkezinin bulunduğu yer ticaret siciline tescil ve Türkiye Ticaret Sicili Gazetesinde ilan olunur.”

⁴⁰ Ticaret Sicil Yönetmeliği'nde Türkiye içinde merkezin değişmesine (TSY m. 111-114) ve Türkiye'deki bir şirketin merkezinin yurt dışına taşınmasına (TSY m. 116-117) ilişkin özel hükümler öngörülmüştür.

⁴¹ Altmeyden (Roth), § 4a, N. 6; Heinze, Münchener Kommentar GmbHG, § 4a, N. 5.

⁴² Jaeger (Ziemons / Poschke), § 4a, N. 2; Michalski / Heidinger / Leible / J. Schmidt, § 4a, N. 6.

⁴³ Jaeger (Ziemons / Poschke), § 4a, N. 2.

⁴⁴ Hamamcıoğlu, s. 56.

⁴⁵ 11. HD, 15.4.2014, E. 2013/18727, K. 2014/7406.

⁴⁶ Schenker, art. 776, N. 4; Jaeger (Ziemons / Poschke), § 4a, N. 5; Servatius, (Noack / Haas, vormals Baumbach / Hueck), § 4a, N. 6; Michalski / Heidinger / Leible / J. Schmidt, § 4a, N. 8; Wicke, § 4a, N. 3. Bununla birlikte çift merkezin sadece çok sınırlı istisnai hâllerde geçerli olduğuna ilişkin bkz. Michalski / Heidinger / Leible / J. Schmidt, § 4a, N. 8; Wicke, § 4a, N. 3; Heinze, § 4a, N. 17. Eğer üstün şirket tarihi ya da iktisadi çıkarları sicil hukuku dezavantajlarına daha ağır basarsa çifte şirket merkezi bu özel istisnai hâllerde geçerli olmalıdır (Altmeyden (Roth), § 4a, N. 12).

⁴⁷ Jaeger (Ziemons / Poschke), § 4a, N. 3; Michalski / Heidinger / Leible / J. Schmidt, § 4a, N. 4.

⁴⁸ Schenker, art. 776, N. 7; Jung (Kunz / Bärtschi), s. 63, N. 49; Jaeger (Ziemons / Poschke), § 4a, N. 3; Servatius, (Noack / Haas, vormals Baumbach / Hueck), § 4a, N. 2; Altmeyden (Roth), § 4a, N. 5; Michalski / Heidinger / Leible / J. Schmidt, § 4a, N. 4; Wicke, § 4a, N. 2; Heinze, § 4a, N. 7.

⁴⁹ Schenker, art. 776, N. 7.

- Şirket merkezinin bulunduğu yer muamele merkezi bakımından karine teşkil eder⁵⁰. Dolayısıyla aksi ispat edilmedikçe, İİK m. 154/f. 2 uyarınca, iflas davalarında yetkili mahkeme şirket merkezinin bulunduğu yer mahkemesidir⁵¹.
- Şirket merkezi, TBK m. 89 uyarınca, borcun ifa yerinin tespitinde rol oynamaktadır⁵².
- TTK m. 409/f. 3'ün kıyasen uygulanmasıyla, kural olarak, genel kurul toplantısı şirket merkezinin bulunduğu yerde yapılır⁵³.
- Ticaret sicilinin mekânsal yetkisi belirlenir. Limited şirket sözleşmesi şirketin merkezinin bulunduğu yer ticaret siciline tescil olunur (TTK m. 587/f. 1)⁵⁴.
- Ticari işletme hukuku bağlamında işletme merkezinin belirlenmesinde rol oynar⁵⁵.
- Şirket merkezi belirli ilan işlemlerinin yerine getirilmesi için önem taşımaktadır⁵⁶.

Şirket merkezinin değiştirilmesi, şirket sözleşmesinin değiştirilmesini gerektirmektedir⁵⁷. Dolayısıyla buna uygun bir genel kurul kararı ve değişikliğin ticaret siciline tescili gerekmektedir. Şirket merkezinin değiştirilmesine ilişkin karar genel kurulun önemli kararları arasında yer almakta ve bu kararın TTK m. 621/f. 1'de (İsvBK m. 808b'de) öngörülen nisaplara uygun şekilde alınması gerekmektedir. Anonim şirketlerde merkezin yurt dışına taşınmasına ilişkin genel kurul kararları için TTK m. 421/f. 2-b hükmünde özel karar nisabı öngörülmüştür. Hükme göre bu türden kararlar sermayenin tümünü oluşturan payların sahiplerinin ya da temsilcilerinin oy birliğiyle alınır. Yukarıda da belirtildiği üzere limited şirketlerde ise merkezin yurt içinde başka bir yere taşınmasına ve merkezin yurt dışına taşınmasına ilişkin genel kurul kararları bakımından tek bir karar nisabı öngörülmüştür. Limited şirket merkezinin yurt dışına taşınmasının şirketin Türk tabiiyetinden çıkmasına ve dolayısıyla ona uygulanacak hukukun değişmesine yol açtığı göz önünde bulundurulduğunda, anonim şirketlerde olduğu gibi, bu türden genel kurul kararların oy birliğiyle alınması gerektiğine ilişkin bir düzenleme yerinde olurdu⁵⁸. Doktrindeki bir görüşe göre mevcut düzenlemeye rağmen limited şirket merkezinin yurt dışına taşınmasına ilişkin genel kurul kararının oy birliğiyle alınması gerekir⁵⁹. Yukarıda da belirtildiği üzere olması gereken hukuk bakımından ileri sürülebilir olan bu görüş, açık bir kanun hükmü yürürlükteyken olan hukuk bakımından savunulabilir değildir.

⁵⁰ HGK, 20.2.2013, E. 2012/19-643, K. 2013/256.

⁵¹ HGK, 20.2.2013, E. 2012/19-643, K. 2013/256.

⁵² Schenker, art. 776, N. 7; Michalski / Heidinger / Leible / J. Schmidt, § 4a, N. 4; Wicke, § 4a, N. 2.

⁵³ Servatius, (Noack / Haas, vormals Baumbach / Hueck), § 4a, N. 2; Altmeppen (Roth), § 4a, N. 5. Şirket sözleşmesinde aksi düzenlenmemişse, genel kurul § 121/5 AktG kıyasen uygulanmasıyla şirket merkezinde gerçekleştirilmelidir [Jaeger (Ziemons / Poschke), § 4a, N. 3; Michalski / Heidinger / Leible / J. Schmidt, § 4a, N. 4; Heinze, § 4a, N. 7]. Bazı hâllerde genel kurul toplantısının farklı bir yerde de yapılacağına ilişkin bkz. Şener, Oruç Hami. *Limited Ortaklıklar Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017, s. 550.

⁵⁴ Schenker, art. 776, N. 7; Jung (Kunz / Bärtschi), s. 63, N. 49; Wicke, § 4a, N. 2; Heinze, § 4a, N. 7.

⁵⁵ Servatius, (Noack / Haas, vormals Baumbach / Hueck), § 4a, N. 2.

⁵⁶ Jung (Kunz / Bärtschi), s. 63, N. 49.

⁵⁷ Nussbaum / Sanwald / Scheidegger, s. 39, N. 9; Jung (Kunz / Bärtschi), s. 63, N. 49; Jaeger (Ziemons / Poschke), § 4a, N. 7; Altmeppen (Roth), § 4a, N. 9; Heinze, § 4a, N.18.

⁵⁸ Hamamcıoğlu, s. 55.

⁵⁹ Hamamcıoğlu, s. 55.

Şirket merkezi hakkında şirket sözleşmesindeki hükümlerin en başında eksikliği ya da geçersizliği durumunda ticaret sicil müdürlüğü limited şirketin tescilini reddeder (TTK m. 32/f. 1, 2)⁶⁰. Zira Kanunda şirket merkezi şirket sözleşmesinin asgari unsurları arasında sayılmıştır⁶¹. Buna karşın tescil bir şekilde yapılmışsa bu eksiklik şirketin geçerli bir şekilde kurulmasını etkilememektedir (TTK m. 644 atfıyla m. 353/f. 1 uyarınca). Daha sonradan şirket merkezinin değiştirilmesindeki geçersizlik hâlinde temel teşkil eden genel kurul kararı, TTK m. 447 uyarınca, geçersizdir⁶². Böylece önceki şirket sözleşmesi hükmü uygulanmaya devam edilir.

C. İşletme Konusu

İşletme konusu, şirket faaliyetlerinin alanını ve türünü göstermektedir⁶³. Diğer bir ifadeyle şirket amacına ulaşmak için girişilen faaliyet alanı ve türü işletme konusunu ifade etmektedir⁶⁴. Limited şirket sadece iktisadi bir amaç için kurulabileceğinden işletme konusu da bu amaca uygun olmalıdır⁶⁵.

Şirket sözleşmesinde bulunması gereken bir diğer zorunlu kayıt ise şirketin işletme konusudur (TTK m. 576/f. 1-b)⁶⁶. Şirket sözleşmesinde işletme konusunun zorunlu bir kayıt olarak öngörülmesine ilişkin hükmün amacı, özellikle işletme faaliyet odağını ilgili iş/iktisadi çevreleri için yeterince tanımlanabilir kılmaktır⁶⁷. Ayrıca hüküm, işletme faaliyet alanının keyfi olarak değiştirilmesine karşı iç ilişkide ortakların korunmasına (özellikle de azlığın) hizmet etmektedir⁶⁸. Çünkü işletme konusu aynı zamanda müdürlerin temsil yetkisini sınırlandırmaktadır (TTK m. 629, m. 371)⁶⁹. Gerçekten TTK m. 371/f. 1’de şirketi temsile yetkili olanların şirketin amacına ve işletme konusuna giren her tür işleri ve hukuki işlemleri şirket adına yapabileceği ve bunun için şirket unvanını kullanabileceği öngörülmüştür. Bununla birlikte üçüncü kişinin işlemin işletme konusu dışında bulunduğunu bildiği veya durumun gereğinden bilebilecek durumda bulunduğu ispat edilemediği takdirde temsile yetkili olanların üçüncü kişilerle işletme konusu dışında yaptığı işlemler de şirketi bağlar (TTK m. 371/f. 2). TTK m. 371/f. 2, c. 2’de şirket sözleşmesinin ilan edilmiş olmasının bu hususun ispatı açısından tek başına yeterli olmadığı belirtilmiştir. Bu son hüküm ile TTK m. 587 hükmünün uyumsuz olduğu düşünülebilir⁷⁰. Zira TTK m. 587 uyarınca tescil ve ilan edilen şirket sözleşmesindeki işletme konusunun da üçüncü kişiler tarafından

⁶⁰ Servatius, (Noack / Haas, vormals Baumbach / Hueck), § 4a, N. 7; Wicke, § 4a, N. 6.

⁶¹ Merkez belirlenmesindeki geçersizlik şirket sözleşmesinin eksikliği anlamını taşımaktadır (Servatius, [Noack / Haas, vormals Baumbach / Hueck], § 4a, N. 7).

⁶² Servatius, (Noack / Haas, vormals Baumbach / Hueck), § 4a, N. 7.

⁶³ Bilgili/Demirkapı, s. 207; Fastrich (Noack / Servatius / Haas, vormals Baumbach / Hueck), § 3, N. 7; Altmeppen (Roth), § 3, N. 4; Wicke, § 3, N. 4.

⁶⁴ Schmidt (Michalski/ Heidinger / Leible / Schmidt), § 3, N. 12.

⁶⁵ Schmidt (Michalski/ Heidinger / Leible / Schmidt), § 3, N. 12.

⁶⁶ Alman (GmbHG § 3/1) hukukunda da işletme konusu limited şirket sözleşmesinin zorunlu unsurlarındandır.

⁶⁷ Fastrich (Noack / Servatius / Haas, vormals Baumbach / Hueck), § 3, N. 7; Altmeppen (Roth), § 3, N. 4; Schmidt (Michalski/ Heidinger / Leible / Schmidt), § 3, N. 12.

⁶⁸ Altmeppen (Roth), § 3, N. 4; Schmidt (Michalski/ Heidinger / Leible / Schmidt), § 3, N. 12. Aynı yönde bkz. Wicke, § 3, N. 4.

⁶⁹ Altmeppen (Roth), § 3, N. 4; Wicke, § 3, N. 4.

⁷⁰ Anonim şirketlerde ise TTK m. 354’te sicil olumlu etkisini gösterdiği tescil edilen şirket sözleşmesi kayıtları arasında işletme konusuna yer verilmemiştir. Dolayısıyla anonim şirket bakımından TTK m. 354 ile TTK m. 371/f. 2’nin uyum içindedir. Aynı yönde bkz. Hamamcıoğlu, s. 62.

bilindiği kabul edilir. Diğer bir ifadeyle TTK m. 587’de işletme konusu da sicilin olumlu etkisini gösterdiği şirket sözleşmesi kayıtları arasında gösterilmiştir. Bundan yola çıkılarak işletme konusunu ihtiva eden şirket sözleşmesinin tescil ve ilan edilmesiyle TTK m. 371/f. 2’deki ispata ihtiyaç duyulmayacağı ve dolayısıyla ilgili işlemlerin şirketi bağlamayacağı akla gelebilir. Ancak kanaatimizce TTK m. 371/f. 2, c. 2 hükmü TTK m. 587/f. 1-c hükmüne göre özel hüküm niteliğindedir ve dolayısıyla bu konuda uygulanması gereken hükümdür⁷¹.

Diğer yandan işletme konusu ortakların sadakat yükümlülüğünün kapsamını ve ortaklar ile müdürlerin rekabet yasağının sınırını (menzilini) belirler⁷².

Hukuka veya ahlaka aykırı olacak şekilde işletme konusu belirlenemez (MK m. 54/f. 3; TTK m. 573/f. 3, TBK m. 27 ve MK m. 23). Ayrıca işletme konusu gerçeğe uygun olmak zorundadır⁷³. Bu temel ilkeler ışığında bir limited şirket her türlü ekonomik amaç ve konu için kurulabilir (TTK m. 573/f. 3).

TTK m. 576/f. 1-b’de belirtildiği üzere işletme konusu esaslı noktaları belirtilmiş ve tanımlanmış bir şekilde şirket sözleşmesinde yer almalıdır. İşletme konusu tüm ayrıntılarıyla nitelendirilmek zorunda değildir⁷⁴. Şirket sözleşmesine yazılacak işletme konusunun şirketin faaliyet alanını en azından ana hatlarıyla belli etmesi gerekli ve yeterlidir⁷⁵. Bu bağlamda işletme konusu üçüncü kişiler için bilgilendirici olacak şekilde somutlaştırılmalıdır⁷⁶. Bunun için de işletme faaliyetinin odak noktası üçüncü kişiler tarafından görülebilir olmak zorundadır⁷⁷. Bu da şirketin hangi işletme dalında (bilgisayar, arabalar, taşınmazlar, otel, inşaat malzemesi vs.) ve hangi türde (danışma, üretim, aracılık, işletmecilik, ticareti) faaliyetler yürüttüğünün işletme konusundan anlaşılabilir olmasını gerektirir⁷⁸. O hâlde “otel/lokanta işletmeciliği”, “inşaat malzemesi ticareti”, “tropikal meyve ithalatı”, “ısıtma, soğutma, klima ve havalandırma”, “mimarlık”, “turizm” gibi ibareler işletme konusu olarak şirket sözleşmesine yazılabilir⁷⁹. Buna karşın işletme faaliyet alanını ve türünü belli etmeyen “her türden ticari faaliyet”, “her türden mal üretimi ve satımı”, “her türden hizmetlerin yerine getirilmesi” “bir ticari işletmenin işletilmesi” gibi genel ibareler ile işlemlerin gerçekte ne anlama geldiği açık olmayan ibareler işletme konusu olarak şirket sözleşmesine yazılamaz⁸⁰. Zira bu tür ibareler işletme konusunun varlık amacını karşılamamaktadır.

⁷¹ Krş. Kırcı, İsmail. “6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Ticaret Şirketlerinin Ehliyeti ve Birleşmesi”, Bankacılar Dergisi, S. 79, 2011, s. 72.

⁷² Wicke, MükoGmbHG, § 3, 45.

⁷³ Altmeyen (Roth), § 3, N. 6.

⁷⁴ Altmeyen (Roth), § 3, N. 6.

⁷⁵ Fastrich (Noack / Servatius / Haas, vormals Baumbach / Hueck), § 3, N. 8; Altmeyen (Roth), § 3, N. 6; Wicke, § 3, N. 4.

⁷⁶ Fastrich (Noack / Servatius / Haas, vormals Baumbach / Hueck), § 3, N. 8; Wicke, § 3, N. 4.

⁷⁷ Altmeyen (Roth), § 3, N. 6; Wicke, § 3, N. 5.

⁷⁸ Wicke, § 3, N. 5.

⁷⁹ Krş. Wicke, § 3, N. 5.

⁸⁰ Handschin, s. 29, N. 22; Fastrich (Noack / Servatius / Haas, vormals Baumbach / Hueck), § 3, N. 8; Bayer (Lutter / Hommelhoff), § 3, N. 10; Schmidt (Michalski/ Heidinger / Leible / Schmidt), § 3, N. 18; Altmeyen (Roth), § 3, N. 6. Bununla birlikte eğer şirketin faaliyetleri yeterince genişse ve bu nedenle daraltılamazsa “her türden malın ihracat

Ana işletme konusuna bağı açıkça görüldüğü sürece tamamlayıcı eklerin (“... ve benzeri işlemler”); bu amaca hizmet eden tüm “işlemler” gibi) işletme konusuna dahil edilmesinde bir sorun bulunmamaktadır⁸¹.

Öte yandan işletme konusuna ilişkin yeterli olumlu açıklama mevcut ise işletme konusunda olumsuz sınırlamaların da (“izne tabi faaliyetler işletme konusu değildir” gibi) yapılması mümkündür⁸².

Şirket sözleşmesine birden fazla işletme konusu yazılabilir. Şirket işletme konusu olarak yazılan tüm alanlarda faaliyet yürütmek zorunda değildir. Bu durum faaliyetin yürütülmediği alanın işletme konusu olarak şirket sözleşmesinden silinmesini gerektirmez.

İşletme konusu şirket sözleşmesinde bulunması gereken zorunlu kayıtlardan olduğundan şirketin ticaret siciline tescilinden sonra sadece TTK m. 589 uyarınca şirket sözleşmesi değişikliği yoluyla değiştirilir⁸³. Hemen belirtelim ki bu husustaki genel kurul kararı TTK m. 621/f. 1’de öngörülen nisapla alınır. İşletme konusu kanuna uygun bir şekilde düzenlenmemişse ilgili şirket sözleşmesinin ticaret siciline tescili reddedilir.

D. Esas Sermayenin İtibari Tutarı

Esas sermaye tutarı olarak sabit bir değer şirket sözleşmesine yazılmak zorundadır⁸⁴. Limited şirket anonim şirket gibi katı esas sermaye sistemine dayanmaktadır⁸⁵. Esas sermaye bir sermaye şirketinin temeli olarak ifade edilir ve alacaklılar için sorumluluk temeli ve garanti fonu ifade eder⁸⁶. Bu sayede limited şirketlerde ortaklar için öngörülen sorumluluk rejimi dengelenmeye çalışılır⁸⁷. Bu bağlamda şirket sözleşmesindeki öngörülen tutar büyüklüğüne göre şirketle hukuki ilişkiye girmek isteyen taraflara güvence verir. O hâlde gösterilen tutarın da şirketin iktisadi faaliyetlerine etkisi bulunur. Esas sermaye tutarının şirket sözleşmesi dışında sicile sunulan diğer belgelerde gösterilmesi yeterli değildir⁸⁸.

Esas sermaye kuruluşta şirkete getirilen sermayeye işaret eder ve böylece başlangıçta şirketin sermayesi hakkında kamuoyuna (üçüncü kişilere) bilgi verir⁸⁹. Hemen belirtelim ki esas sermaye ve şirketin gerçek malvarlığı katı bir şekilde birbirinden ayrılır. Şirket malvarlığı gerçek bir büyüklük olup limited şirketin gerçek durumunu ifade etmektedir ve değişiklik

ve ithalatı” gibi bir ibareler işletme konusu olarak geçerlidir (Schmidt [Michalski / Heidinger / Leible / Schmidt], § 3, N. 16).

⁸¹ Wicke, § 3, N. 6.

⁸² Altmeppen (Roth), § 3, N. 6; Schmidt (Michalski/ Heidinger / Leible / Schmidt), § 3, N. 19; Wicke, § 3, N. 6.

⁸³ Schmidt (Michalski/ Heidinger / Leible / Schmidt), § 3, N. 23.

⁸⁴ Trüb, art. 772, N. 30; Handschin, s. 67, N. 1; Bayer (Lutter / Hommelhoff), § 3, N. 12.

⁸⁵ Trüb, art. 772, N. 30.

⁸⁶ Krş. Jaeger (Ziemons / Poschke), § 3, N. 9.

⁸⁷ Fastrich (Noack / Servatius / Haas, vormals Baumbach / Hueck), § 3, N. 14; Jaeger (Ziemons / Poschke), BeckOK GmbHG, § 3, N. 9.

⁸⁸ Wicke, MükoGmbHG, § 3, 45.

⁸⁹ Fastrich (Noack / Servatius / Haas, vormals Baumbach / Hueck), § 3, N. 14; Jaeger (Ziemons / Poschke), § 3, N. 10.

göstermektedir⁹⁰. Esas sermaye ise şirket sözleşmesinde yazılı olan tutarı ifade etmektedir⁹¹. Bu nedenle kuruluştan sonra esas sermaye miktarı, kural olarak, şirketin gerçek mevcut öz sermayesini göstermez⁹². Öyle ki şirket faaliyetlerine ya da diğer etkenlere göre şirket sözleşmesinde gösterilen esas sermaye tutarından daha yüksek ya da az olabilir⁹³. Limited şirketin esas sermayesi anonim şirketlerdeki esas sermaye ile aynı amaca hizmet etmektedir⁹⁴.

Bir limited şirketin asgari esas sermaye tutarı Kanunda belirlenmiştir. Limited şirketin esas sermayesi en az on bin Türk Lirası'na karşılık gelmek zorundadır (TTK m. 580/f. 1)⁹⁵. Belirtilen tutar Cumhurbaşkanınca on katına kadar artırılabilir (TTK m. 580/f. 2). Böylece paranın değer kaybetmesi hâlinde kanun değişikliği gerekmeksizin miktarın yükseltilmesi mümkün kılınmıştır⁹⁶. Hüküm emredici niteliktedir. Bu miktarın altındaki sermaye ile bir limited şirketin kurulması mümkün değildir. Asgari esas sermaye tutarına şirket var oldukça uyulmak zorundadır. Yine bu bağlamda asgari esas sermaye tutarı sermaye azaltımında ve bir kollektif şirket, komandit şirket ya da kooperatifin limited şirkete dönüştürülmesinde zorunlu olarak dikkate alınır⁹⁷.

Esas sermaye tutarına ilişkin bir üst limit Kanunda öngörülmemiştir. O hâlde asgari sermaye sınırına, sermayenin korunmasına ve getirilmesine ilişkin kurallara dikkate edilmesi koşuluyla esas sermaye tutarı serbestçe belirlenebilir. Faaliyet türü ya da büyüklüğü, kural olarak, esas sermaye tutarı için zorunlu bir asgari tutar ifade etmez⁹⁸.

Esas sermaye olarak şirket sözleşmesine yazılan tutar mutlaka belirli olmalı ve tam bir sayı ifade etmelidir⁹⁹. Takribi bir tutar ya da azami bir tutar şeklinde ifadeler yeterli değildir¹⁰⁰. Aynı şekilde böyle bir belirleme yapılmaksızın esas sermayenin şirket paylarının itibari değerlerinin ya da koyulan sermayenin toplamından oluştuğuna ilişkin bir ibare de geçerli değildir¹⁰¹.

Sermaye şirketi olması nedeniyle ortakların getirmiş olduğu sermayenin gerçek değerinin tespiti önem taşımaktadır. Bu noktada Kanunda özel düzenlemeler bulunmaktadır. Limited şirkete nakdi ve aynı sermaye getirilerek ortak olunabilir¹⁰². Getirilen nakdi sermaye Türk Lirası olabileceği gibi yabancı ülke parası da olabilir. Yabancı ülke parası Türk Lirası cinsinden şirket sözleşmesine yazılmak zorundadır. Aynı sermaye getirilmesi hâlinde ise aynı sermayeye değer

⁹⁰Baudenbacher / Gobel / Speitler, art. 772, N. 24; Handschin, s. 67, N. 1. Sağlıklı bir şirkette şirket malvarlığı değeri şirket sermayesinden daha yüksektir (Handschin, s. 67, N. 1).

⁹¹ Handschin, s. 67, N. 1.

⁹² Jaeger (Ziemons / Poschke), § 3, N. 9.

⁹³ Jaeger (Ziemons / Poschke), § 3, N. 9.

⁹⁴ Bärtschi (Jung / Kunz), s. 543, N. 13.

⁹⁵ Bu tutar İsviçre hukukunda 20.000 İsviçre Frangı (OR m. 773), Alman hukukunda 25.000 Euro (AGmbHG § 5/f. 1) ve Avusturya hukukunda ise 35.000 Euro'dur (AvGmbHG § 6/f. 1).

⁹⁶ Şener, s. 49.

⁹⁷ Krş. Trüeb, art. 773, N. 6; Wicke, MükoGmbHG, § 3, 46.

⁹⁸ Wicke, MükoGmbHG, § 3, 46.

⁹⁹ Fastrich (Noack / Servatius / Haas, vormalis Baumbach / Hueck), § 3, N. 15; Altmeppen (Roth), § 3, N. 8; Wicke, § 3, N. 13.

¹⁰⁰ Fastrich (Noack / Servatius / Haas, vormalis Baumbach / Hueck), § 3, N. 15; Jaeger (Ziemons / Poschke), § 3, N. 9.

¹⁰¹ Krş. Bayer (Lutter / Hommelhoff), § 3, N. 12; Altmeppen (Roth), § 3, N. 8; Jaeger (Ziemons / Poschke), § 3, N. 10.

¹⁰² Jung (Kunz / Bärtschi), s. 80, N. 86.

biçilmesine ilişkin prosedür sonucunda tespit edilen miktar yine Türk Lirası olarak şirket sözleşmesine geçirilmek durumundadır¹⁰³.

Kuruluşa şirket sözleşmesinin ticaret sicilinde yetkilendirilmiş personel huzurunda tüm ortaklar tarafından imzalanmasından sonra esas sermayenin itibari tutarı değiştirilmek isteniyorsa değişiklik yine aynı şekle tabi olarak yapılmak zorundadır¹⁰⁴. Şirket sözleşmesinde belirtilen esas sermaye miktarı şirketin tescilinden sonra değiştirilebilir. Bu bir özel sözleşme değişikliği ifade eder. Öyle ki sözleşme değişikliği ile ilgili sermaye artırma ve sermaye azaltma için öngörülen özel hükümlerin dikkate alınması gerekir¹⁰⁵. Değişiklikten sonra sadece yeni esas sermaye tutarı şirket sözleşmesinde yazılmak zorundadır¹⁰⁶.

E. Esas Sermaye Paylarının Sayısı

Limited şirket esas sermayesi paylara ayrılmıştır. Sermaye payı, önceden belirlenmiş ve beyan edilmiş şirket esas sermayesinin bir parçasıdır¹⁰⁷. Diğer bir deyişle sermaye paylarının toplamı şirket esas sermayesine karşılık gelir. İtibari değerleriyle birlikte pay bu bağlamda hesabi bir büyüklük ifade eder¹⁰⁸.

6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda (eTK'da) her ortak ancak bir paya sahip olabilmekteydi. Bu durumda ortak sayısı kadar pay sayısı söz konusu olmaktadır. 6102 sayılı TTK ile birlikte artık bir ortak birden fazla paya sahip olabileceğinden (TTK m. 583/f. 2; AGmbHG § 5/f. 2) ortak sayısının pay sayısına eşit olduğu kuralı kaldırılmıştır. Bu nedendir ki esas sermaye paylarının sayısı TTK m. 576/f. 1-c'de şirket sözleşmesinde yer alması gereken zorunlu kayıtlar arasında sayılmıştır¹⁰⁹.

Esas sermaye, payın itibari değerine ilişkin hükümlere riayet edilmek suretiyle miktar bakımından serbestçe paylara bölünebilir. Örneğin 50.000 TL esas sermaye ile kurulan bir şirket 1.000'er TL'lik paylara bölünmek istenirse, 50 esas sermaye payı oluşacaktır. İşte örnekteki bu esas sermaye payı sayısı (50) şirket sözleşmesinde yer alması gereken zorunlu kayıtlar arasında yer almaktadır (TTK m. 576/f. 1-c).

F. Payın İtibari Değeri

Payların itibari değeri Kanunda şirket sözleşmesinde yer alması gereken zorunlu kayıtlar arasında sayılmıştır (TTK m. 576/f. 1-c, İsvBK m. 776/b. 3). Payların itibari değerleri toplamı, kural olarak, esas sermaye tutarını meydana getirir (AGmbHG § 5/f. 3)¹¹⁰.

¹⁰³ Trüeb, art. 773, N. 3.

¹⁰⁴ Alman hukukunda aynı yönde bkz. Fastrich (Noack / Servatius / Haas, vormals Baumbach / Hueck), § 3, N. 15; Bayer (Lutter / Hommelhoff), § 3, N. 12; J. Schmidt (Michalski/ Heidinger / Leible), § 3, N. 29; Wicke, MüKoGmbHG, § 3, 48.

¹⁰⁵ Trüeb, art. 772, s. 14, N. 31; Jaeger (Ziemons / Poschke), § 3, N. 10.

¹⁰⁶ Fastrich (Noack / Servatius / Haas, vormals Baumbach / Hueck), § 3, N. 15; Altmeppen (Roth), § 3, N. 8; J. Schmidt (Michalski/ Heidinger / Leible), § 3, N. 29; Jaeger (Ziemons / Poschke), § 3, N. 9.

¹⁰⁷ Baudenbacher / Gobel / Speitler, art. 772, N. 25.

¹⁰⁸ Baudenbacher / Gobel / Speitler, art. 772, N. 25.

¹⁰⁹ Jaeger (Ziemons / Poschke), § 3, N. 12; Altmeppen (Roth), § 3, N. 9; Wicke, MüKoGmbHG, § 3, N. 49.

¹¹⁰ Nussbaum / Sanwald / Scheidegger, art. 776, N. 1; Baudenbacher / Gobel / Speitler, art. 772, N. 25.

Limited şirket payları, kural olarak, asgari itibari değer altında ihraç edilemez¹¹¹. Bu değer Kanunda yirmi beş Türk Lirası olarak belirlenmiştir (TTK m. 583/f. 1)¹¹². Payların itibari değerleri yirmi beş Türk Lirası'nın katları olacak şekilde şirket sözleşmesinde tespit edilebilir (TTK m. 583/f. 2). Bu kurala uymak şartıyla farklı şirket payları için farklı itibari değerler şirket sözleşmesinde öngörülebilir (TTK m. 583/f. 2; AGmbHG § 5/f. 3). O hâlde bir ortağın farklı itibari değerlerdeki paylara sahip olması mümkündür (TTK m. 583/f. 2, 3). Esas sermayede olduğu gibi itibari değer de şirket sözleşmesinde Türk Lirası olarak gösterilmek zorundadır¹¹³.

Payın itibari değeri sermaye koyma yükümlülüğünün kapsamını da belirler. Ancak esas sermaye paylarının itibari değeri aşan bir bedelle çıkarılması mümkündür (TTK m. 583/f. 4). Bu durumda primli/agiolu paydan söz edilir. Bir sermaye şirketi olan limited şirkette üstlenilen payın itibari değerine uygun şekilde şirkete sermaye getirilmek durumundadır¹¹⁴. Limited şirkette, ilke olarak, hak ve yükümlülükler payın itibari değerine göre tespit edilir¹¹⁵. Bu nedenle üstlenilen pay sayısı ve onların itibari değerleri hak ve yükümlülükler bağlamında ortağın şirketteki konumunu belirler¹¹⁶. Gerçekten payın itibari değerinin tutarı malvarlığı hakları ve yükümlülükleri, oy hakkı ve çıkmaya katılmada önemlidir¹¹⁷.

Şirket durumunun iyileştirilmesi hâllerinde payın asgari itibari değeri, Kanunda öngörülen değer (yirmi beş Türk Lirası) altına indirilebilir (TTK m. 583/f. 1)¹¹⁸. Bu durumda paylar, şirket durumunun iyileştirilmesi payları (*Sanierungsstammanteile*) olarak nitelendirilmektedir. İsviçre hukukunda ise şirket durumunun iyileştirilmesi hallerinde bunun 1 Frank'a kadar indirilebileceği hüküm altına alınmıştır (İsvBK m. 774/f. 1). Ancak Türk hukukunda Kanunda bunun hangi miktara kadar indirilebileceği öngörülmemiştir.

Asgari itibari değere ilişkin düzenleme emredici niteliktedir¹¹⁹. Düzenlemeye aykırı şekilde pay ihracı geçersizdir¹²⁰.

Payların itibari değeri değiştirilebilir. Bu bağlamda azaltma ya da artırma mümkündür. Payların itibari değerlerinin değişikliği şirket sözleşmesinin değişikliği anlamına gelir. Payın yeni itibari değeri aynı şekilde şirket sözleşmesinde gösterilmek zorundadır.

¹¹¹ Nussbaum / Sanwald / Scheidegger, s. 7, N. 6; Jörg / Arter, s. 50-51; Handschin, s. 69, N. 9.

¹¹² İsviçre hukukunda bir payın itibari değeri, kural olarak, en az 100 İsviçre Frangı'dır (OR m. 774/1). İsviçre hukukunda son Totalrevision'dan önce bu değer 1000 İsviçre Frangı idi. Bu dönemde esas sermayenin ancak 2 milyon İsviçre Frangı olabileceğine ilişkin eOR m. 773 hükmü göz önünde bulundurulduğunda, kural olarak, limited şirkete en fazla 200 ortağın katılabileceği ifade edilebilir (Baudenbacher / Gobel / Speitler, art. 774, N. 1).

¹¹³ İsviçre hukuku bakımından aynı yönde bkz. Trüeb, art. 774, N. 1; Baudenbacher / Gobel / Speitler, art. 774, N. 1.

¹¹⁴ Wicke, MüKo GmbHG, § 3, N. 51; Baudenbacher / Gobel / Speitler, art. 772, N. 25.

¹¹⁵ Elbette kanunun izin verdiği ölçüde şirket sözleşmesiyle farklı düzenlemeler öngörülebilir.

¹¹⁶ Wicke, MüKo GmbHG, § 3, N. 51; Baudenbacher / Gobel / Speitler, art. 772, N. 26.

¹¹⁷ Baudenbacher / Gobel / Speitler, art. 772, N. 26.

¹¹⁸ Sermaye azaltımında ise asgari itibari değer altında bir değer belirlenemez (Nussbaum / Sanwald / Scheidegger, s. 6, N. 3).

¹¹⁹ Trüeb, art. 774, N. 1; Baudenbacher / Gobel / Speitler, art. 774, N. 1.

¹²⁰ Handschin, s. 69, N. 9.

G. İmtiyazlar ve Esas Sermaye Paylarının Grupları

Bir sermaye şirketi olan limited şirkette “ne kadar sermaye, o kadar hak” (“*so viel Kapital, so viel Recht*”) ilkesi geçerli olduğundan¹²¹, kural olarak, ortaklık hakları payların itibari değerleriyle orantılıdır. Belli bir pay grubuna diğer paylara nazaran belirli bir hakta ayrıcalık tanınmak suretiyle bu olağan durumun değişmesi hâlinde imtiyazlı paylardan (*Vorzugsstammanteil*) söz edilir. İmtiyazlı payların oluşturulmasıyla birlikte esas sermaye grupları oluşmaktadır.

Limited şirketlerde imtiyazlı sermaye payları oluşturulabilir. Gerçekten TTK m. 576/f. 1-c’de¹²² ve m. 621/f. 1-b’de¹²³ imtiyazlı paylardan söz edilmektedir. Ancak bunlar dışında Kanunun limited şirketler kısmında imtiyazlı paylara ilişkin özel bir düzenleme bulunmamaktadır. İsviçre hukukunda ise bu iki hükme ek olarak (sırasıyla İsvBK m. 776a/f. 1-b. 5¹²⁴; m. 808b/f. 1-b. 2) “imtiyazlı paylar” başlıklı İsvBK m. 799 hükmü bulunmaktadır. Hükümde imtiyazlı esas sermaye paylarına ilişkin anonim şirketler hukuku hükümlerinin (İsvBK m. 654 ve 656) limited şirketteki imtiyazlı paylar için de uygun düştüğü ölçüde uygulanabileceği öngörülmüştür. Türk limited şirketler hukukunda benzer bir atıf içeren hüküm Kanunda yer almamaktadır¹²⁵. Ancak imtiyazlı paylara ilişkin anonim şirket hükümleri uygun düştüğü ölçüde limited şirketlere de uygulanması gerekir¹²⁶.

İmtiyazlar ancak şirket sözleşmesi yoluyla öngörülebilir. TTK m. 576/f. 1-c’de imtiyaz kararlaştırmasının mutlaka şirket sözleşmesinde yapılması gerektiği belirtilmektedir. Hemen belirtelim ki imtiyazlara ilişkin kaydın şirket sözleşmesinde bulunması gereken zorunlu kayıtlar arasında sayılması uygun değildir. Zira hükmün lafzından da (“varsa imtiyazlar”) anlaşılacağı üzere kurucuların imtiyaz öngörmesi hâlinde bunun şirketler hukuku düzleminde bağlayıcı olması için şirket sözleşmesinde yer alması gerekir. Yoksa imtiyazlı pay öngörülmezsizin geçerli bir şirket sözleşmesi kurulabilir. O hâlde bu kaydın “şirket sözleşmesinde öngörülmeleri şartıyla bağlayıcı olan hükümler” kenar başlıklı TTK m. 577’de düzenlenmesi daha uygun düşecektir¹²⁷. İsviçre hukukunda bu kayıt, İsvBK m. 776a/f. 1-b. 5’te şarta bağlı sözleşme içeriği (*bedingt notwendiger Inhalt*) arasında sayılmaktadır.

İmtiyazlı pay, olağan paylara karşı, kural olarak, malvarlığı hakları¹²⁸ yönünden imtiyaz tanınan paylardır. Bununla birlikte oy hakkında ve yönetime katılma haklarında da imtiyaz

¹²¹ Handschin, s. 147, N. 62.

¹²² Hükme göre imtiyazlar varsa esas sermaye paylarının gruplarının da şirket sözleşmesinde açıkça yer alması gerekir.

¹²³ Önemli genel kurul kararları arasında “oyda imtiyazlı esas sermaye paylarının öngörülmesi” de sayılmaktadır.

¹²⁴ Türk hukukundan farklı ve isabetli olarak İsviçre hukukunda imtiyazlı payların öngörülmesi “şirket sözleşmesinde öngörülmeleri şartıyla bağlayıcı olan hükümler” arasında sayılmıştır.

¹²⁵ Limited şirketlerde oyda imtiyaza izin veren bir hüküm TTK m. 618/f. 2’de yer almaktadır.

¹²⁶ Tekinalp, Ünal. *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku*, İstanbul, 2020, s. 553, N. 21-06; Şener, s. 50-51; Hamamcıoğlu, s. 73-74.

¹²⁷ Kendigelen, Abuzer. *Yeni Türk Ticaret Kanunu, Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler*, On İki Levha, İstanbul 2016, s. 485.

¹²⁸ Bunun istisnasını oy hakkında imtiyaz oluşturmaktadır.

tanınması mümkündür¹²⁹. İmtiyaz “*paya tanınan üstün bir hak ya da kanunda öngörülmemiş yeni bir pay sahipliği hakkı*” şeklinde oluşturulabilir. İmtiyazla “ne kadar sermaye o kadar hak” ilkesinden ayrılır ve imtiyaz tanınan paylar sahiplerine sermayeye katılma oranları üzerinde ve/ya da fazla haklar bahşeder¹³⁰. İmtiyaz, kural olarak, paylara tanınan finansal nitelikli ayrıcalıklardır¹³¹.

İmtiyazlı paylar genellikle iyileştirmeler kapsamında çıkarılan paylarda gündeme gelir¹³². Bu muhtemel yeni ortaklara önceki pay sahiplerine kıyasla finansal açıdan avantajlar tanınması suretiyle şirkete yeni ortak ve sermaye katılımı teşvik edilir¹³³. Diğer yandan imtiyazlı paylar belirli hizmetleri ya da diğer edimleri ödüllendirmek için oluşturulabilir¹³⁴. Ortaklık yapısı nedeniyle heterojen yapılı şirketlerde imtiyazlı paylar yoluyla belirli açılardan belirli oranda denge sağlanabilir¹³⁵.

Kural olarak imtiyazın konusu malvarlığı haklarıdır:

- İmtiyaz kâr payına ilişkin olabilir¹³⁶. Bu bağlamda kâr payında imtiyaz öncelikle yararlanma, kârdan daha büyük oranda yararlanma ve kârdan birikimli yararlanma şeklinde kararlaştırılabilir¹³⁷. Bununla birlikte belli bir kâr payı güvencesi veren şirket sözleşmesi hükmü TTK m. 608’in emredici düzenlemesine aykırı olduğundan geçersizdir¹³⁸. Kâr payı dağıtımını TTK m. 608 vd. hükümleri uyarınca gerçekleştirilir.
- İmtiyaz tasfiye payına ilişkin de olabilir¹³⁹.
- Rüçhan hakkıyla ilgili imtiyazlı paylar da oluşturulabilir¹⁴⁰. Böylece söz konusu paylara sahip olan kişiler imtiyazlı rüçhan hakkından faydalanır¹⁴¹.
- İmtiyaz oy hakkında da gündeme gelebilir. Oyda imtiyaz bu husustaki özel hüküm TTK m. 618/f. 2 uyarınca öngörülebilir. Bu hükme göre “*oy hakkı itibari değerden bağımsız olarak her esas sermaye payına bir oy hakkı düşecek şekilde belirlenebilir.*”

¹²⁹ Kendigelen, Abuzer. *Anonim Ortaklıkta Yönetime Katılma Haklarında İmtiyaz*, Beta, İstanbul, 1999, s. 44; Ölmez, Fatih. *Belirli Grupların Anonim Şirket Yönetim Kurulunda Temsili*, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Doktora Tezi, İstanbul 2021, s. 18-19.

¹³⁰ Krş. Amstutz, Marc / Chappuis, Fernand. *Basler Kommentar Obligationenrecht: OR II Art. 530-964 OR (Art. 1-6 SchlT AG, Art. 1-11 ÜBest GmbH)*, Helbing & Lichtenhahn Verlag, 5. Auflage, Basel, 2016, art. 799, N. 3.

¹³¹ Trüeb, art. 799, N. 1; Amstutz / Chappuis, art. 799, N. 1.

¹³² Siffert, Rino / Fischer, Marc Pascal / Petrin, Martin. *GmbH-Recht Revidiertes Recht der Gesellschaft mit beschränkter Haftung (Art. 772-827 OR), Stämpflis Handkommentar*, Stämpfli Verlag, Bern, 2007, art. 799, N. 9; Trüeb, art. 799, N. 3; Amstutz / Chappuis, art. 799, N. 2.

¹³³ Siffert / Fischer / Petrin, art. 799, N. 9; Trüeb, art. 799, N. 3; Amstutz / Chappuis, art. 799, N. 2.

¹³⁴ Özellikle şirketin kuruluşuna ve işletme faaliyetlerine başlamasına ilişkin yapılan edimleri ödüllendirmek için imtiyazlı paylar kararlaştırılabilir (Amstutz / Chappuis, art. 799, N. 2).

¹³⁵ Amstutz / Chappuis, art. 799, N. 2

¹³⁶ Ölmez, s. 18.

¹³⁷ Nussbaum / Sanwald / Scheidegger, art. 799, N. 7; Amstutz / Chappuis, art. 799, N. 4; Çebi, s. 331 vd.

¹³⁸ Krş. Trüeb, art. 799, N. 3.

¹³⁹ Nussbaum / Sanwald / Scheidegger, art. 799, N. 7; Trüeb, art. 799, N. 3; Ölmez, s. 19.

¹⁴⁰ Nussbaum / Sanwald / Scheidegger, art. 799, N. 7; Trüeb, art. 799, N. 3. Rüçhan hakkında imtiyaz tanınmasında belirsizliğe ilişkin bkz. Ölmez, s. 18, dpn. 52.

¹⁴¹ Nussbaum / Sanwald / Scheidegger, art. 799, N. 7.

- Paylara diğer imtiyazların tanınması da mümkündür. Anonim şirketlerde imtiyazlı paylar için öngörülen ve “imtiyaz; kâr payı, tasfiye payı, rüçhan ve oy hakkı gibi haklarda...” ve “imtiyaz... veya kanunda öngörülmemiş yeni bir pay sahipliği hakkıdır” ibarelerini içeren TTK m. 478/f. 2’den bu anlaşılmaktadır. Örneğin intifa senedi, hazırlık devresi faizi ve şirket imkânlarından yararlanma talep hakkı veren imtiyazlı paylar oluşturulabilir¹⁴².

Öte yandan katılım (katılma hakkı, bilgi alma ve inceleme hakkı) hakları imtiyazın konusunu oluşturmaz¹⁴³. Bu haklar bakımından mutlak eşitlik söz konusudur.

İmtiyazlar, kural olarak, ortakların kişiliğine değil paylara bağlanır¹⁴⁴. Bu durum TTK m. 478, m. 576/f. 1/-c, m. 621/f. 1-b hükümlerinde açıkça belirtilmektedir. Dolayısıyla imtiyazlar, ilke olarak, kişilerin değil payın kaderine bağlıdır. Payların devri hâlinde imtiyazlar da devralan kişiye (ortağa) geçer. TTK m. 360 uyarınca oluşturulan imtiyazlarda bu kuraldan ayrılmak mümkündür. Gerçekten İmtiyazlı payları düzenleyen TTK m. 478’de TTK m. 360 hükmünün saklı olduğu öngörülmüştür (TTK m. 478/f. 3). TTK m. 360 belirli grupların yönetim kurulunda temsil edilmesini düzenlemektedir. Hükme göre esas sözleşmeye konulacak bir hükümle belirli pay gruplarına¹⁴⁵, özellik ve nitelikleriyle belirli bir grup oluşturan pay sahiplerine ve azlığa¹⁴⁶ yönetim kurulunda temsil edilme hakkı tanınabilir. Bu bağlamda esas sözleşmede yönetim kurulu üyelerinin belirli bir grup oluşturan pay sahipleri, belirli pay grupları ve azlık arasından seçileceği öngörülebilir (TTK m. 360). Yine şirket sözleşmesine konulacak bir hükümle bunlara yönetim kurulu üyeliği için aday önerme hakkı da tanınabilir (TTK m. 360).

İlkin TTK m. 360 hükmünün limited şirketlerde de uygulanıp uygulanmayacağını tespit etmek gerekir. Doktrinde TTK m. 360’ın çoğunluk ile azlık arasındaki dengenin sağlanmasına ve böylece azlığın şirket yönetimindeki etkisinin artırılmasına hizmet eden bir hüküm olduğu ifade edilmektedir¹⁴⁷. O hâlde limited şirketlere de uygulanabileceğini kabul ettiğimiz TTK m. 478 atfı gereği TTK m. 360 hükmünün limited şirketlerde de uygulanması gerekir. Nitekim limited şirketler de sermaye şirketlerindedir (TTK m. 124/f. 2). Çoğunluk ilkesi limited şirketlerde de geçerlidir¹⁴⁸.

TTK m. 360 uyarınca ilgili hakların şirketler hukuku düzleminde hüküm ve sonuçlarını doğuracak şekilde tanınabilmesi için şirket sözleşmesinde öngörülmesi gerekir. İç yönergeyle ya da bir müdürler kurulu ya da genel kurul kararıyla bu haklar tanınmaz.

TTK m. 478 uyarınca, kural olarak, imtiyaz paylara tanınır. Bununla birlikte TTK m. 478/f. 3’te TTK m. 360 hükmünün saklı olduğu düzenlenmiştir. Öyle ki TTK m. 360 uyarınca imtiyazlar paya ya da kişilere tanınabilmektedir. Gerçekten hükümde “belirli pay gruplarından”, “özellik ve nitelikleriyle belirli grup oluşturan pay sahiplerinden” ve “azlık”tan söz edilmektedir. TTK m.

¹⁴² Çebi, s. 334-335.

¹⁴³ Trüeb, art. 799, N. 4.

¹⁴⁴ Trüeb, art. 799, N. 1; Amstutz / Chappuis, art. 799, N. 3; Ölmez, s. 25.

¹⁴⁵ Pay gruplarına tanınan imtiyazın da paya bağlanmış bir imtiyaz olduğu yönünde bkz. Ölmez, s. 26.

¹⁴⁶ Hükümde öngörülen azlığın nasıl anlaşılması gerektiğine ilişkin farklı görüşler için bkz. Hamamcıoğlu, s. 398 vd.

¹⁴⁷ Karamanlioğlu, Argun. “TTK Madde 360 Uygulamasına İlişkin İki Sorun: Belirli Grup ve Azınlık Kavramları – Haklı Nedenle Önerilen Adayın Reddi”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XVI, S. 197, s. 229.

¹⁴⁸ Hamamcıoğlu, s. 402.

360/f. 2’de bu hükme göre yönetim kurulunda temsil edilme hakkı tanınan payların imtiyazlı sayıldıkları açık bir şekilde öngörülmüştür. TTK m. 478/f. 2-4 hükümleri ile TTK m. 360 hükmü dikkate alındığında TTK m. 360 hükmü uyarınca “özellik ve nitelikleriyle belirli grup oluşturan pay sahiplerine” ve “azlığa” ilgili hakların tanınması hâlinde de imtiyazdan söz edilir¹⁴⁹. Bu da imtiyazın paya tanınacağına ilişkin kuralın istisnasını teşkil eder¹⁵⁰.

TTK m. 360’da yönetimde temsil edilme hakkının “özellik ve nitelikleriyle belirli bir grup oluşturan pay sahipleri” tanınabileceğinden söz edilmektedir. Özellik ve niteliklerin şirket sözleşmesinde açık ve belirli bir şekilde gösterilmesi gerekir. Kural olarak bunlar MK m. 23 ve TBK m. 27 hükümlerine uygun bir şekilde serbestçe belirlenir¹⁵¹. Bu bağlamda pay sahiplerinin belirli bir mesleğe sahip olması (eczacı, inşaat mühendisi, mimar vb.), belirli bir üniversiteden mezun olması, belirli kuruluşlardan onaylı şekilde belirli dilleri bilmeleri vb. özellik ve nitelik olarak şirket sözleşmesine yazılabilir¹⁵².

TTK m. 360 uyarınca ismen gösterilerek ilgili hakkın tanınıp tanınmayacağı doktrinde tartışmalıdır. Doktrindeki bir görüşe göre ismen belirli bir ya da daha fazla ortağa ilgili hakkın tanınması mümkündür¹⁵³. Bizim de katıldığımız diğer bir görüşe göre bu şekilde bir belirleme TTK m. 360 kapsamında yapılamaz¹⁵⁴. Zira hükümde açık bir şekilde “özellik ve nitelikleriyle” belirli bir grup oluşturan pay sahiplerinden söz edilmektedir. Bu sonuca bir yandan genel hukukun diğer yandan şirketler hukukunun temel ilkelerine göre varılır. Gerçekten TTK m. 360 hükmüyle imtiyaz konusunda bir istisna getirilmektedir. İstisnaların da dar yorumlanması gerekir¹⁵⁵. Yine TTK m. 360’ın lafzı ve amacı dikkate alındığında emredici hükümler ilkesi (TTK m. 579) gereği hakkın tanınacağı kişinin ismen belirlenmesine ilişkin bir hüküm şirket sözleşmesine konulamaz.

İmtiyazlı paylar oluşturulabilmesi için şirket sözleşmesinde bu yönde bir hükmün bulunması gerekir (TTK m. 576/f. 1-c). Salt genel kurul ya da müdürler kurulu kararıyla ya da iç yönergeyle imtiyazlı paylar oluşturulamaz.

İmtiyazın konusu ve kapsamı şirket sözleşmesinde tam ve açık bir şekilde belirtilmek zorundadır¹⁵⁶. İmtiyaza ilişkin esaslı hususlar iç yönergeye bırakılamaz¹⁵⁷. Zira iç yönergeden

¹⁴⁹ Eminoğlu, Cafer. “TTK m. 360 Hükmüne Göre Yönetim Kurulunda Temsil Edilme Hakkının Tanınabileceği Gruplar, Hakkın Hukuki Niteliği ve İcrası”, *Sermaye Şirketleri Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu (Tebliğler-Tartışmalar)* (Editörler: Alışkan, Murat/Mersin, Bilge Utkan/Sarıkaya, Sinan), İstanbul 2020, s. 339-340; Karasu, Rauf. “Anonim Şirket Yönetim Kurulunda Belirli Grupların Temsil Edilme Hakkı”, TFM, 2016/1, s. 32. Düzenlemeye ilişkin eleştiriler için bkz. Teoman, Ömer. “Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’nın Anonim Ortaklık Yönetim Kuruluna İlişkin Bazı Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, *Batider*, C. XXVI, S. 3, 2010, s. 10 vd.; Kendigelen, İlk Tespitler, s. 252.

¹⁵⁰ Ölmez, s. 28 vd.

¹⁵¹ Krş. Eminoğlu, s. 343.

¹⁵² Karamanlıoğlu, s. 244 vd.

¹⁵³ Çamoğlu, Ersin. “6102 Sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu’nda Anonim Ortaklık Yönetim Kurulunda Belirli Grupların Temsili”, *Halil Arslanlı Bilim Arşivi* (<http://arslanlibilimarsivi.com>), s. 3.

¹⁵⁴ Hamamcıoğlu, s. 397.

¹⁵⁵ Yongalık, Aynur. “İstisnalar Dar Yorumlanır’ Kuralı ve Değerlendirilmesi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y. 2011, C. 60, S. 1, s. 1 vd.

¹⁵⁶ Nussbaum / Sanwald / Scheidegger, art. 799, N. 6; Amstutz / Chappuis, art. 799, N. 7; Ölmez, s. 23.

¹⁵⁷ Amstutz / Chappuis, art. 799, N. 7.

farklı olarak şirket sözleşmesi bir ticaret sicili belgesidir ve herkesin (özellikle müstakbel ortakların) incelemesine açıktır. Bu sayede ticaret sicilinin sağladığı aleniyet müstakbel ortaklara güvence sağlar¹⁵⁸.

İmtiyazlı paylar kuruluşta kuruluş sözleşmesinde getirilebileceği gibi kuruluşta sonra şirket sözleşmesi değişikliği yoluyla da getirilebilir¹⁵⁹. Şirket sözleşmesi değişikliği yoluyla imtiyazlı yeni paylar oluşturulabilir ya da mevcut paylara imtiyaz tanınabilir¹⁶⁰.

Kuruluşta imtiyazlar tüm ortakların mutabakatıyla kuruluş şirket sözleşmesinde düzenlenir. Kuruluşta sonra bir paya imtiyaz tanınması ya da mevcut imtiyazların genişletilmesi bir şirket sözleşmesi değişikliği ifade ettiğinden bunun için, kural olarak, “esas sermayenin üçte ikisini temsil eden ortakların kararı” gerekir (TTK m. 589/f. 1)¹⁶¹. İmtiyaz oya ilişkin ise ilgili genel kurul kararı “temsil edilen oyların en az üçte ikisinin ve oy hakkı bulunan esas sermayenin tamamının salt çoğunluğunun bir arada bulunmasıyla” alınır (TTK m. 621/f. 1-b)¹⁶².

Mevcut imtiyazların daraltılması ya da kaldırılması da şirket sözleşmesi değişikliği gerektirir. Buna ilişkin genel kurul kararı da, kural olarak, TTK m. 589’da gösterilen yeter sayıyla alınır.

Öte yandan imtiyazların daraltılması ya da kaldırılması imtiyazlı pay sahiplerinin haklarını ihlal edeceği gibi halihazırda tanınmış olan imtiyazların yeni paylara da tanınması ilgili imtiyazlı ortakların haklarını ihlal edebilir¹⁶³. TTK m. 454/f. 1 uyarınca şirket sözleşmesi değişikliğine ilişkin genel kurul kararı imtiyazlı pay sahiplerinin haklarını ihlal edecek nitelikte ise bundan etkilenen ortakların oluşturduğu imtiyazlı ortaklar özel kurulu tarafından onaylanmadıkça uygulanamaz. Başka bir anlatımla bu ihtimalde değişikliğin uygulanabilmesi için, kural olarak, iki ayrı karara ihtiyaç vardır: İlgili genel kurul kararı ve imtiyazlı ortaklar özel kurulu kararı. Özel kurul kararları için özel toplantı ve karar nisapları öngörülmüştür. Gerçekten TTK m. 454/f. 3 uyarınca “*özel kurul imtiyazlı payları temsil eden sermayenin yüzde altmışının çoğunluğuyla toplanır ve toplantıda temsil edilen payların çoğunluğuyla karar alır.*” Hemen belirtelim ki ilgili şirket sözleşmesi değişikliğine ilişkin karar, imtiyazlı ortaklar özel kurulu ilişkin öngörülen toplantı ve karar nisabını uygun şekilde onaylanmışsa ayrıca özel kurul toplantısı yapılarak karar alınması gerekmez (TTK m. 454/f. 4). Yine çağrıya rağmen süresi için özel kurulun toplanamaması hâlinde genel kurul kararının onaylandığı kabul edilir (TTK m. 454/f. 5).

H. Müdürlerin Adları, Soyadları, Unvanları ve Vatandaşlıkları

6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu m. 540/f. 1’de, aksi kararlaştırılmadıkça, ortakların hep birlikte müdür sıfatıyla şirket işlerini yönetime ve şirketi temsile yetkili ve görevli/zorunlu

¹⁵⁸ Amstutz / Chappuis, art. 799, N. 7.

¹⁵⁹ Nussbaum / Sanwald / Scheidegger, art. 799, N. 5; Siffert / Fischer / Petrin, art. 799, N. 4; Trüeb, art. 799, N. 6; Ölmez, s. 29 vd.

¹⁶⁰ Şener, s. 50.

¹⁶¹ Biçer/Hamamcıoğlu, s. 359. Olan hukuk bakımından durum böyleyken olması gereken hukuk bakımından herhangi bir ayırım gözetilmeksizin imtiyazlı pay oluşturulması TTK m. 621/f. 1’de gösterilen önemli kararlar arasında sayılmalıdır (Hamamcıoğlu, s. 79-80).

¹⁶² İsvBK m. 808b/f. 1-b. 2 uyarınca İsviçre hukukunda da aynı durum geçerlidir.

¹⁶³ Trüeb, art. 799, N. 7 ve 8.

oldukları düzenlemesi yer almaktaydı. Dolayısıyla şirket sözleşmesiyle müdür tayin edilmese bile kanun gereği tüm ortaklar bu sıfatı haiz idi. Bu düzenleme TTK'ya alınmamış ve böylelikle hükmün ifade ettiği “özden organ ilkesi” limited şirketler hukukunda terk edilmiştir. TTK m. 623 uyarınca artık limited şirketin yönetimi ve temsili şirket sözleşmesi ile belirlenmektedir. Bu yetki ve görevler için bir ya da daha fazla ortak ya da tüm ortaklar ya da üçüncü kişiler müdür olarak tayin edilebilir (TTK m. 623/f. 1). Bu kararlaştırma yapılırken şirket ortaklarından birinin şirketi yönetim hakkının ve temsil yetkisinin bulunması gerekliliği mutlaka dikkate alınmalıdır (TTK m. 623/f. 1). Dolayısıyla tek kişi ortaklıkta tek ortak her zaman için şirket sözleşmesine müdür olarak yazılmak durumundadır.

Müdür olarak gerçek ya da tüzel kişiler belirlenebilir (TTK m. 623/f. 2). Bir tüzel kişinin müdür olarak tayin edilmesi hâlinde, bu kişinin bu görevi kendi adına yerine getireceği gerçek kişiyi belirlemesi gerekir (TTK m. 623/f. 2).

TTK ile birlikte özden organ ilkesinin terk edilmesi nedeniyle eTK'da şirket sözleşmesinde yer alması gereken zorunlu kayıtlar arasında gösterilmeyen “müdürlerin adları, soyadları, unvanları ve vatandaşlıkları” TTK'da şirket sözleşmesinde yer alması gereken zorunlu kayıtlar arasında sayılmaktadır (TTK m. 576/f. 1-d).

İ. Şirket Tarafından Yapılacak İlanların Şekli

Şirket tarafından yapılacak ilanların ne şekilde gerçekleştirileceği şirket sözleşmesinde öngörülmek zorundadır (TTK m. 576/f. 1-e)¹⁶⁴. Böylece ortakların, alacaklıların ve ilgili üçüncü kişilerin ilanları takip edebilmeleri ve duyurulan bilgilere vakıf olabilmeleri temin edilmektedir¹⁶⁵. Şirket tarafından yapılacak ilanlardan, ortaklara, alacaklılara ve ilgili üçüncü kişilere yapılacak şirketler hukuku temelli duyurular kastedilmektedir¹⁶⁶. Bu ilanlar kanunda ticaret sicilinde tescili öngörülen bir hususa ilişkin ilanlar ve diğer ilanlar olarak ayrılabilir:

Tescili istenilen husus, aksi Kanun ve TTK m. 26 uyarınca çıkarılacak yönetmelikte kararlaştırılmadığı müddetçe, ilan olunur (TTK m. 35/f. 3). İlan, Türkiye Ticaret Sicil Gazetesi'nde (TTSG) yapılır (TTK m. 35/f. 4). Dolayısıyla Kanunda ticaret sicilinde tescili öngörülen bir hususa ilişkin (örneğin şirket sözleşmesi değişikliğinde [TTK m. 589/f. 2], sona ermede [TTK m. 637] ilanların tamamı TTSG'de gerçekleştirilir¹⁶⁷. Buna aykırı hükümler şirket sözleşmesinde öngörülemez. Ancak bu hususlarda TTSG'deki ilana ek olarak başka bir ilan şeklinin öngörülmesi mümkündür.

Diğer ilanlar ise genel kurul toplantısına çağrı, yeni pay almak hakkının kullanılması, ayrılma akçesi, şirket sözleşmesindeki hükme ya da haklı sebeplerle şirketten çıkma davası dayanılarak bir ortağın şirketten çıkma isteğinin diğer ortaklara bildirilmesi (TTK m. 639/f. 1) olarak sayılabilir.

¹⁶⁴ İsviçre hukukunda da OR m. 776'da öngörülmüştür.

¹⁶⁵ Çebi, s. 58.

¹⁶⁶ Schenker, art. 776, N. 10; Handschin, s. 30, N. 25.

¹⁶⁷ Schenker, art. 776, N. 10; Trüeb, art. 776, N. 10; Handschin, s. 30, N. 25.

Öte yandan şirkete ilişkin reklam ve tanıtım ilanları, ortaklara işlerin gidişatı ve diğer konularda yapılan belli bir şekle tabi olmayan bildirimler bu kapsamda değildir¹⁶⁸. Ayrıca çıkarma kararına karşı iptal davasının noter aracılığıyla bildirilmesinden itibaren üç ay içinde iptal davasının açılabilmesini öngören TTK m. 640/f. 2 hükmünde olduğu gibi bildirimlerin ne şekilde yapılacağı özel olarak öngörüldüğü hâller de genel ilan şeklinden ayrılmaktadır.

İlanların şeklinden ise, ilke olarak, yazılı bildirim her türü anlaşılmaktadır¹⁶⁹. Örneğin ilan; mektup, yerel ve ulusal gazeteler, billboard, iadeli taahhütlü mektup, email, fax, internet sitesi, sosyal medya üzerinden bir yazı gibi her türden kamuya bilgilendirme araçları vasıtasıyla yapılabilir¹⁷⁰. Unutulmamalıdır ki ilan şekillerinin etkililik menzili, diğer bir deyişle ilanın hangi kişiler bakımından gerçekleşip gerçekleşmediği, farklılık arz edebilir.

Farklı hususlarda farklı ilan şekillerinin öngörülmesi mümkündür. Örneğin genel kurul toplantısına çağrıya ilişkin ilanın şirketin internet sitesinde, yeni pay alma hakkına ilişkin ilanın ise iadeli taahhütlü mektupla ve diğer her türlü ilanın ise ulusal gazetede yapılması kararlaştırılabilir. Ayrıca ilanı gereken bir hususa ilişkin birden fazla ilan şeklinin öngörülmesi de mümkündür. Bu alternatifli (ya da) şeklinde olabileceği gibi kümülatif (ve) şekilde de olabilir. Alternatifli ilan şekli düzenlemesinde şirketin bu şekillerden biri yoluyla ilanı yapması yükümlüğünü yerine getirdiği anlamını taşır. Kümülatif şekilde ilan şekli belirlenmişse ilan o şekillerin tamamı yoluyla gerçekleştirilir.

Şirket sözleşmesinde tercih edilen ilan şekli bildirim muhataplarına yapılabildiğinin ispatı bakımından önem taşımaktadır. Gerçekten genel kurula toplantı çağrısında ortaklar ilgili daveti almadıklarını ileri sürmesi hâlinde ilanın zaman ve şekil bakımından ispat gerekliliği gündeme gelebilir¹⁷¹. Bu durumda ispat, kural olarak, şirket tarafından yapılacaktır. Bu nedenle çekişmeli işlerde genel kurulun toplantıya çağrılmasının iadeli mektupla gerçekleştirileceğinin şirket sözleşmesinde öngörülmesi yerinde olacaktır¹⁷². Hatta şirket sözleşmesinde farklı bir ilan türü kararlaştırılmış olsa bile bu türden hâllerde öngörülen ilan şekline ek olarak ispat kolaylığı sağlayacak farklı bir ilan türünün icra edilmesi düşünülebilir¹⁷³. Buna karşın ispat bağlamında kimi ilan şekillerine ise çekinceli yaklaşılabilir.

SONUÇ

Şirket sözleşmesi limited şirketler hukukunda çok önemli bir yere sahip bir hukuk kaynağıdır. Öyle ki Kanunda birçok tamamlayıcı hüküm bulunur. Bu da şirket sözleşmesinin birçok hâlde öncelikle dikkate alınan hukuk kaynağı olduğu sonucunu doğurur. Limited şirket sözleşmesinin iki farklı yönü vardır. Bir yandan şirket sözleşmesi kurucular arasında bir şirketin kurulmasına ilişkin bir anlaşma ihtiva eder. Bu onun borçlar hukuku temelli sözleşme olduğunu gösterir. Buna karşın şirket sözleşmesi sadece sözleşme taraflarının hak ve yükümlülükleriyle ilgili değildir. Aynı zamanda o, kurulacak olan şirketin ve bu şirket kapsamında mevcut ya da müstakbel

¹⁶⁸ Trüeb, art. 776, N. 10.

¹⁶⁹ Schenker, art. 776, N. 10; Trüeb, art. 776, N. 10.

¹⁷⁰ Krş. Schenker, art. 776, N. 10; Trüeb, art. 776, N. 10; Nussbaum / Sanwald / Scheidegger, s. 17, N. 13.

¹⁷¹ Nussbaum / Sanwald / Scheidegger, s. 17, N. 13.

¹⁷² Nussbaum / Sanwald / Scheidegger, s. 17, N. 13.

¹⁷³ Nussbaum / Sanwald / Scheidegger, s. 17, N. 13.

ortakların tabi olduğu yasaları da öngörür. Şirket sözleşmesinde şirketin organizasyonu, organların yetki ve görevleri, ortaklık yapısı, ortakların hak ve yükümlülüklerine ilişkin düzenlemeler yer alır.

Şirket sözleşmesinde mutlaka bulunması gereken kayıtlar, TTK m. 576’da gösterilmiştir. Bunlar şirket sözleşmesinin asgari içeriğini oluşturur. Bu kayıtları ihtiva etmeyen bir şirket sözleşmesine ilişkin tescil talebi ticaret sicil müdürü tarafından geri çevrilmelidir. Zorunlu kayıtlar şirketin tescilinden sonra değiştirilebilir. Bu, şirket sözleşmesinin değişikliğini ifade eder. Şirket sözleşmesi değişikliğine ilişkin genel kurul karar nisabı her bir kayıt özelinde değerlendirilmelidir. Şirket sözleşmesi değişikliği ile zorunlu kayıtlar değiştirilirken kuruluştaki genel düzenleme prensipleri geçerlidir. Çalışmamızda zorunlu kayıtların şirket sözleşmesinde ne şekilde düzenlenebileceği ayrıntılı olarak ele alınmıştır.

KAYNAKÇA

Altmeppen, Holger (Roth, Günter). *Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung: GmbHG*, C. H. Beck Verlag, 7. Auflage, München, 2012.

Amstutz, Marc / Chappuis, Fernand. *Basler Kommentar Obligationenrecht: OR II Art. 530-964 OR (Art. 1-6 SchlT AG, Art. 1-11 ÜBest GmbH)*, Helbing & Lichtenhahn Verlag, 5. Auflage, Basel, 2016.

Baudenbacher, Carl / Gobel, Alexander / Speitler, Philipp. *Basler Kommentar Obligationenrecht: OR II Art. 530-964 OR (Art. 1-6 SchlT AG, Art. 1-11 ÜBest GmbH)*, Helbing & Lichtenhahn Verlag, 4. Auflage, Basel, 2016.

Bayer, Walter (Lutter, Marcus / Hommelhoff, Peter. *GmbH- Gesetz*, Otto Schmidt Verlag, 19. Auflage, Köln, 2016.

Çamoğlu, Ersin. “6102 Sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu’nda Anonim Ortaklık Yönetim Kurulunda Belirli Grupların Temsili”, *Halil Arslanlı Bilim Arşivi* (<http://arslanlibilimarsivi.com>).

Çebi, Hakan. *Limited Ortaklıklar Hukuku*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.

Eminoğlu, Cafer. “TTK m. 360 Hükmüne Göre Yönetim Kurulunda Temsil Edilme Hakkının Tanınabileceği Gruplar, Hakkın Hukuki Niteliği ve İcrası”, *Sermaye Şirketleri Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu (Tebliğler-Tartışmalar)* (Editörler: ALIŞKAN, Murat/MERSİN, Bilge Utkan/SARIKAYA, Sinan), İstanbul, 2020.

Fastrich, Lorenz (Noack / Servatius / Haas, vormals Baumbach / Hueck). *Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung: GmbHG*.

Hamamcıoğlu, Esra. *Aile Tipi Limited Şirketlerde Şirket Sözleşmesi*, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2022.

Handschin, Lukas. *Die GmbH*, Zürich, 2019.

Heinze, Stefan. *Münchener Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung: GmbHG*, Band I, §§1-34, C. H. Beck Verlag, 3. Auflage, München, 2018.

Jaeger (Ziemons / Poschke), BeckOK GmbHG Kommentar, Beck Verlag, 44. Auflage, München, 2020.

Jörg, Florian S. / Arter, Oliver. *Das Recht der Schweizerischen Gesellschaft mit Beschränkter Haftung (GmbH)*, Stämpfli Verlag, Bern, 2015.

Jung, Peter (Kunz, Peter / Bärtschi, Harald). *Gesellschaftsrecht*, Schulthess Verlag, 2. Auflage, Zürich/Basel/Genf, 2018.

Karamanlioğlu, Argun. “TTK Madde 360 Uygulamasına İlişkin İki Sorun: Belirli Grup ve Azınlık Kavramları – Haklı Nedenle Önerilen Adayın Reddi”, *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 16, S. 197-198, s. 225-279.

Karasu, Rauf. “Anonim Şirket Yönetim Kurulunda Belirli Grupların Temsil Edilme Hakkı”, *TFM*, 2016/1, s. 31-40.

Kendigelen, Abuzer. *Anonim Ortaklıkta Yönetime Katılma Haklarında İmtiyaz*, Beta, İstanbul, 1999.

Kendigelen, Abuzer. *Yeni Türk Ticaret Kanunu, Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler*, On İki Levha, İstanbul 2016.

Kırca, İsmail. “6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Ticaret Şirketlerinin Ehliyeti ve Birleşmesi”, *Bankacılar Dergisi*, S. 79, 2011.

König, Walter. *Statut, Reglement, Observanz, Die Formen einer Körperschaftsordnung*, Zürich, 1934.

Michalski, Lutz/Heidinger, Andreas/Leible/Schmidt, Jessica. *Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbH-Gesetz)*, C. H. Beck Verlag, München, 2017.

Nussbaum, Martin / Sanwald, Reto / Scheidegger, Markus. *Kurzkommentar zum neuen GmbH-Recht*, Cosmos Verlag, Muri/Bern, 2007.

Ölmez, Fatih. *Belirli Grupların Anonim Şirket Yönetim Kurulunda Temsili*, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Doktora Tezi, İstanbul 2021.

Schenker, Franz. *Basler Kommentar Obligationenrecht: OR II Art. 530-964 OR (Art. 1-6 SchlTAG, Art. 1-11 ÜBest GmbH)*, Helbing & Lichtenhahn, 5. Auflage, Basel, 2016.

Schmidt-Leithoff, Christian (Rowedder, Heinz). *GmbHG Kommentar*, Vahlen Verlag, 6. Auflage, München, 2017.

Servatius, Wolfgang (Noack, Ulrich / Haas, Ulrich; vormalis Baumbach / Hueck). *Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung: GmbHG*.

Siffert, Rino / Fischer, Marc Pascal / Petrin, Martin. *GmbH-Recht Revidiertes Recht der Gesellschaft mit beschränkter Haftung (Art. 772-827 OR), Stämpflis Handkommentar*, Stämpfli Verlag, Bern, 2007.

Stache, Ulrich. *GmbH-Recht*, 2. Auflage, Wiesbaden, 2018.

Şener, Oruç Hami. *Limited Ortaklıklar Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017.

Tekinalp, Ünal. *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku*, Vedat Yayıncılık, İstanbul, 2020.

Teoman, Ömer. “Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’nın Anonim Ortaklık Yönetim Kuruluna İlişkin Bazı Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, *Batider*, C. XXVI, S. 3, 2010, s. 5-16.

Trüb, Hans Rudolf. *GmbH Handkommentar zum Schweizer Privatrecht*, Schulthess Verlag, Zürich, 2016.

Wicke, Hartmut. *Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung: GmbHG*, 3. Auflage, C. H. Beck, München, 2016.

Wohlmann, Herbert. *Schweizerisches Privatrecht, C: VIII/2, Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung*, Helbing & Lichtenhahn Verlag, Basel, 1982.

Yongalık, Aynur. “‘İstisnalar Dar Yorumlanır’ Kuralı ve Değerlendirilmesi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y. 2011, C. 60, S. 1.

FSEK Kapsamında Fotoğrafın Korunmasının Yargıtay Kararları Çerçevesinde İncelenmesi

Elif DİNLER 

Arş. Gör., KTO Karatay Üniversitesi, Ticaret Hukuku Bölümü, elifsayici@outlook.com,
(Sorumlu Yazar / Corresponding Author)

Makale Bilgileri

Öz

Makale Geçmişi

Geliş: 20.04.2022

Kabul: 24.06.2022

Yayın: 28.06.2022

Anahtar Kelimeler:

Fotoğraf, Fotoğrafın korunması, Güzel sanat eseri, İlim ve edebiyat eserleri.

Fotoğraf, gözle görülebilen maddi varlık ve şekilleri, ışık ve kimyasal maddeler yardımıyla herhangi bir madde üzerinde saptayan fiziksel ve kimyasal işlemdir. Teknolojinin gelişmesiyle beraber son dönemde fotoğraf çekimi yapılması kolaylaşmış ve fotoğraflar günlük hayatımızın ayrılmaz bir parçası haline gelmiştir. Bu sebeple fotoğrafların korunmasına ilişkin düzenlemelerin önemi artmıştır. Fotoğrafların korunmasına ilişkin olarak birçok kanunda hüküm bulunmaktadır. Bu kanunlar; 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu, 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'dur. Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda eser niteliğinde olan fotoğrafların yanı sıra eser niteliği taşımayan fotoğraflara ilişkin de koruyucu hükümler düzenlenmiştir. Eser niteliği taşıyan fotoğraflar, ilim ve edebiyat eserleri ve güzel sanat eserleri kategorisinde koruma altına alınmıştır. Bu koruyucu hükümlerin Yargıtay kararlarında nasıl değerlendirildiği ise inceleme konusunu oluşturmaktadır.

An Investigation of The Protection of Photography Under The Law on Intellectual And Artistic Works in The Frame of Supreme Court Decisions

Article Info

Abstract

Article History

Received: 20.04.2022

Accepted: 24.06.2022

Published: 28.06.2022

Keywords:

Photography, Preservation of photography, Works of fine art, Works of science and literature.

Photography is the physical and chemical process that detects visible material assets and shapes on any object by the help of light and chemicals. Advances in technology have made it easier to take photos lately and photos have become an integral part of our daily lives. That is why regulations which is about protection of photos, have become more important. There are many sentence in the law about protection of photographs which are included in law of intellectual and artistic works law no 5846, personal data protection law no 6698, Turkish civil law no 4721 and Turkish Penal Code law no 5237. There are protective laws about not only photographs that are artifacts but also that are non-artifacts in the law of intellectual and artistic works. Photos that have the quality of work are protected in the category of science and literature and fine works of art. It is a subject of study that how these protected laws are evaluated in supreme court decisions.

Atıf/Citation: Dinler, E. (2022). "FSEK Kapsamında Fotoğrafın Korunmasının Yargıtay Kararları Çerçevesinde İncelenmesi", *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 5(1), s. 326-346.

Plagiarism: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. // This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.



"This article is licensed under a [Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/). (CC BY-NC 4.0)"

GİRİŞ

Fotoğraf, gözle görülebilen maddi varlık ve şekilleri, ışık ve kimyasal maddeler yardımıyla, film, kağıt veya herhangi bir madde üzerine saptayan fiziksel ve kimyasal işlemdir¹. 1910 yılında çıkarılmış olan Hakkı Telif Kanunu'nda fotoğraf eserlerine ilişkin doğrudan düzenleme mevcut değildi². Bu kanun kapsamında fotoğraf ürünleri sadece bir çoğaltma aracı olarak kabul edilmişti³. 01.01.1952 tarihinde yürürlüğe giren 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu ile fotoğraf eserleri koruma altına alınmıştır.

Fotoğrafın FSEK kapsamında korunmasının iki temel başlık altında incelenmesi mümkündür. Bunlardan ilki eser niteliğinde olan fotoğrafların korunması, ikincisi ise eser niteliğinde olmayan fotoğrafların korunmasıdır. FSEK kapsamında bir fotoğrafın eser olarak değerlendirilebilmesi için kanunda belirlenen eser kategorilerinden birine dahil olması ve eser sahibinin hususiyetinin esere yansıtılması gerekmektedir⁴. FSEK eser türlerini dört kategori içerisinde toplamış ve her kategorinin içerisinde örnek eserler belirtilmiştir. Bu kategoriler sınırlı sayıda olmakla birlikte kategori içerisinde sayılan eserler sınırlı sayıda değildir⁵. Fotoğraf eserleri, ilim ve edebiyat eserlerinin sayıldığı ikinci maddenin üçüncü bendinde ve güzel sanat eserlerinin sayıldığı dördüncü maddenin beşinci bendinde düzenlenmiştir⁶. Ayrıca eser niteliği taşımayan fotoğraflara ilişkin de seksendördüncü ve seksenaltıncı maddeler ile koruma getirilmiştir.

Fotoğrafa ilişkin düzenlemeler, 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun yanı sıra 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nda da yer almaktadır. Fotoğraf kişiyi belirli veya belirlenebilir yapmasıyla kişisel veri teşkil etmektedir. Kişisel verilere ilişkin düzenleme ise KVKK ile yapılmıştır. Örneğin, özgeçmişe ilişkin bilgilerle saklanan fotoğraf, kişisel veri niteliğindedir⁷. Bu sebeple KVKK ile koruma altına alınmıştır. Ayrıca bir kişinin fotoğrafı kişilik hakkı çerçevesinde 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nda hukuki koruma altındadır. Şartlar oluşmuş ise fotoğrafların 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'na göre korunabilmesi de mümkündür. Bu çalışmada ise FSEK kapsamında fotoğrafın korunması ve bu korumanın Yargıtay kararlarına nasıl yansıtıldığı ayrıntılı şekilde incelenmeye çalışılacaktır.

¹ Parlak Börü, Şafak, *Fotoğraf Üzerindeki Haklar*, 1. Baskı, Turhan Kitapevi, Ankara, 2013, s. 3.

² Hırş, Ernest, *Fikri ve Sınai Haklar, Birinci Kitap*, Ankara Basımevi, 1948, s. 152.

³ Arslanlı, Halil, *Fikri Hukuk Dersleri II, Fikir ve Sanat Eserleri*, Sulhi Garan Matbaası, 1954, s. 24.

⁴ Öztrak, İlhan, *Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Haklar*, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları No. 312, Ankara, 1971, s. 15; Güneş, İlhami, "Bilimsel ve Edebi Eser Yazarlarının Manevi Hakları", *Terazi Hukuk Dergisi*, Cilt 11, Sayı 117, 2016, s. 70; Çinko, M. Sıddık, "Sanat Eseri Olan Fotoğraflar Üzerindeki Haklar", *Hukuk ve Sanat*, 6. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 511.

⁵ Ayiter, Nuşin, *Hukukta Fikir ve Sanat Ürünleri*, Sevinç Matbaası, Ankara, 1972, s. 45; Yarsuvat, Duygun, *Türk Hukukunda Eser Sahibi ve Hakları*, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul, 1977, s. 44; Ateş, Mustafa, *Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Hakların Kapsamı ve Sınırlandırılması*, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2003, s. 61; Öztrak, s. 18.

⁶ Fotoğrafın eser vasfının tespitinde mahkemelerce gözetilen hususlarla ilgili olarak bkz. Çinko, M. Sıddık, *101 Soruda Fotoğrafçının ve Fotoğraflanan Kişinin Hakları (Fotoğraf ve Hukuk)*, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020, s. 31.

⁷ Bozkurt Yüksel, Armağan Ebru, "Sokak Fotoğrafçılığı ve Kişisel Verilerin Korunması", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Cilt 1, Sayı 42, 2020, s. 532.

I. Eser Niteliğinde Olan Fotoğrafların Korunması

FSEK m. 2/3'de, estetik niteliği bulunmayan teknik ve ilmi nitelikteki fotoğraf eserleri koruma altına alınmıştır. Örneğin, bilimsel bir yazıda kullanılan fotoğraflar, ameliyat fotoğrafları, adli tıp vakalarına ilişkin inceleme fotoğrafları teknik ve ilmi nitelikteki fotoğraflardır. Fotoğrafların ilim ve edebiyat eserleri kapsamında korunabilmesi için estetik nitelik taşımaları gerekmesede öğretici, açıklayıcı ve uygulamaya imkan sağlayıcı nitelikte olmaları gerekir⁸. Ayrıca eser sahibinin hususiyetini taşımaları gerekmektedir⁹. Bu sebeple örneğin güvenlik kamerası kayıtlarından elde edilen fotoğraflar eser niteliğinde değildir. Çünkü bu fotoğraflar sahibinin hususiyetini taşımazlar¹⁰.

İlim ve edebiyat eserlerinde hususiyetin tespiti zordur. Zira herkes tarafından faydalanılıp uygulanacak bilimsel ve teknik konular, meydana gelen eserlerde zorunlu benzerliklere sebep olabilir¹¹. Öğretideki bir görüşe göre, bağımsız fikri bir çalışma tespit edilebiliyorsa aynı bilimsel ve teknik konunun işlenmesinin sebep olduğu benzerlikler eserlerin ayrı ayrı korunmasına engel olmaz¹². Burada hususiyetin tespitinde orijinallikten ziyade sarf edilen emek unsuru dikkate alınmalıdır. Çünkü korunan içerik değil, şekildir¹³. Öğretideki başka bir görüşe göre fotoğraflardaki hususiyet, eğitici ve açıklayıcı niteliklerinde yer alır¹⁴. Bir diğer görüşe göre ise, hususiyetin tespitinde konu değil amaç önemlidir. Amacı öğretici olmak olan bütün fotoğraflar bilimsel ve teknik nitelikte fotoğraflardır¹⁵. Ancak başka bir görüşe göre, konu ile amaç arasında ayırım yapılmamalıdır¹⁶.

Reklam ve propaganda fotoğrafları, ilanlar ve kataloglara ait fotoğraflar bilimsel ve teknik nitelikte fotoğraf olarak kabul edilmez. Zira bu fotoğraflarda konu veya amaç da açıklayıcı ve öğretici nitelik bulunmamaktadır¹⁷.

Fotoğraf hem güzel sanat eseri hem de teknik ve ilmi eser niteliğinde olabilir. Örneğin, bir yöredeki bitki türlerinin fotoğraflanmasına ilişkin bir çalışmada bilimsel öğelerin yanı sıra estetik unsur da yer alabilir¹⁸. Aynı şekilde kar tanelerinin farklı geometrik şekilleri gösterdiğine ilişkin

⁸ Tekinalp, Ünal, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 2. Baskı, Beta Yayınevi, Kırklareli, 2002, § 10 N. 41; Bozbel, Savaş, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015, s. 34-35; Karasu, Rauf/ Suluk Cahit/ Nal Temel, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 57.

⁹ Güneş, İlhami, *Uygulamada Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku*, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 73; Erel, Şafak, *Türk Fikir ve Sanat Hukuku*, 2. Baskı, İmaj Yayınevi, Ankara, 1998, s. 43; Çinko, M. Sıddık, "Fotoğrafçının Hakları", *Legal FSHD*, Cilt 11, Sayı 42, 2015, s. 80; Güneş, Ziyet Seldağ, "Fikir ve Sanat Eserleri Kanununda Resim ve Portreler", *Sayıştay Dergisi*, Cilt 8, Sayı 24, 1997, 31; Öztrak, s. 22.

¹⁰ "...her iki gazetede de ilk sayfada yayınlanan İ... T.'in vurulma anını görüntüleyen fotoğrafın güvenlik kamerasındaki kayıtlardan elde edilmiş olduğu, fotoğraf çekilmek suretiyle elde edilmediği, kişinin hususiyetini yansıtmadığı..." 11. HD., T. 16.9.2014, E. 2013/7181, K. 2014/13880, *BATİDER*, Cilt 30 Sayı 4, 2014, s. 354-355.

¹¹ Erel, s. 43.

¹² Erel, s. 43.

¹³ Erel, s. 43; "...burada özellik muhtevada veya şekilde olabilir. Ancak bu katagoride özellik daha çok şekilde belirmektedir.", Öztrak, s. 22.

¹⁴ Bozgeyik, Hayri, "Fikir ve Sanat Eserlerinde Hususiyet", *BATİDER*, Cilt 25, Sayı 3, 2009, s. 200; Parlak Börü, s. 215.

¹⁵ "...bu hüküm Kanuna Alman hukukundan geçmiş ve "ilmi ve teknik" kavramı Almanya'da esas itibarıyla "eserin konusu değil, "tahsis edildiği gaye" olarak yorumlanmıştır.", Parlak Börü, s. 213.

¹⁶ Öztrak, s. 21.

¹⁷ Öztrak, s. 21; Erel, s. 42- 43; Parlak Börü, s. 214.

¹⁸ Bozgeyik, s. 201.

fotoğraflar bilimsel ve teknik niteliklerinin yanında estetik unsur da barındırabilir¹⁹. Bu durumda korumanın nasıl olacağına ilişkin kanunda bir açıklık bulunmamaktadır. Öğretideki hakim görüşe göre, fotoğraf eserleri teknik ve ilmi niteliklerinin yanı sıra estetik değer de taşırlarsa sadece teknik ve ilmi eser olarak değil aynı zamanda güzel sanat eseri olarak da koruma altına alınırlar²⁰.

Fotoğrafın FSEK m. 2 kapsamında mı, yoksa FSEK m. 4 kapsamında mı değerlendirileceği ayrımı mali hak bedellerinin ve tazminat miktarının belirlenmesinde önem taşır²¹. Örneğin, sosyolojik eserde yer alan ve toplumların yaşayış şekillerini açıklamak için günlük hayattan çekilmiş sıradan kareler FSEK m. 2 kapsamında korunur. Bunların ise estetik değeri bulunmamaktadır. Bu eserlerin izinsiz kullanımı halinde telif bedelleri uzman fotoğraf sanatçılarından değil, benzer çalışmaları yapan araştırmacının görüşü alınarak belirlenmelidir²².

FSEK m. 4/5, güzel sanat eserleri başlığı altında, estetik değere sahip olan “fotoğrafik eserleri” koruma altına almıştır²³. Güzel sanat eseri olarak fotoğrafik eserler, “fotoğrafçılık sanatı ve tekniğine göre meydana getirilmiş, estetik değeri bulunan fotoğraflar” şeklinde tanımlanabilir²⁴. Dolayısıyla burada FSEK m. 2/3’den farklı olarak fotoğrafın, güzel sanat eseri niteliği taşıyabilmesi için sahibinin hususiyetinin yanı sıra estetik değer taşıması da gerekmektedir²⁵. Ancak dikkat edilmesi gereken husus fotoğrafın tasvir ettiği şeyin estetik değer taşıması ile fotoğrafın estetik değer taşımasının aynı anlama gelmemesidir²⁶. Fotoğrafın konusunun güzel sanat eserine ilişkin olması tek başına fotoğrafın FSEK m. 4 kapsamında değerlendirilmesine gerekçe olamaz. Örneğin, bir tablonun güzel sanat eseri niteliğinde olması onun fotoğrafının da güzel sanat eseri olmasını gerektirmez²⁷.

Güzel sanat eseri niteliğindeki fotoğraflarda hususiyet konu seçiminde ve kullanılan fotoğraf tekniğinde görülmektedir²⁸. Estetik değer ise, fotoğraf makinesinin kullanımı,

¹⁹ Bozgeyik, s. 201.

²⁰ Belgesay, Mustafa Reşit, *Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Şerhi*, M. Sıralar Matbaası, 1955, s. 21; Tekinalp, § 10 N. 41; Güneş, (Resim), s. 31; Ayiter, s. 50; Öztrak, s. 22; Erel, s. 43.

²¹ Bozgeyik, s. 202; Parlak Börü, s. 221; “...davaya konu 13 adet güzel sanat eseri niteliğindeki fotoğrafın yayımı sırasında davacının adının mezkur fotoğraflar üzerinde ya da tekniğine uygun bir başka şekilde yer almadığı anlaşıldığından yerinde görülmüştür. Manevi tazminat talebinin miktarı ise davacının dava konusu fotoğrafları çekmekte harcadığı emek ve mesai, Hakkari'nin dağlık yapısı nedeniyle karşılaştığı fiziki zorluklar, Hakkari'nin genel anlamda teröre müzahir bir bölgede oluşu nedeniyle göze aldığı tehlike dikkate alınarak mahkememizce makul bulunmuştur.” Erzurum BAM, 3. HD., T. 7.10.2020, E. 2018/2472, K. 2020/1202, www.lexpera.com.tr, ET. 28.02.2022; 11. HD., T. 10.10.2018, E. 2017/31, K. 2018/6192, Legal FSHD, Cilt 14, Sayı 56, 2018, s. 914.

²² Bozgeyik, s. 202.

²³ Fotoğrafik eserler, fotoğraf sanatçısının araç ve yöntemler kullanılarak meydana getirdiği eserlerdir, Güneş, 2021, s. 94; Parlak Börü, s. 207; “...davacı tarafa ait saat görsellerine ilişkin çalışmaların FSEK maddesi 4 kapsamında fotoğrafik eser niteliğinde olduğu, davalının kullanımının 556 sayılı KHK'nın 12. maddesi kapsamında kalmadığı, fotoğrafların izinsiz kullanıldığı...” 11. HD., T. 31.10.2017, E. 2016/3621, K. 2017/5924, www.lexpera.com.tr, ET. 28.02.2022.

²⁴ HGK., T. 24.6.2020, E. 2017/134, K. 2020/474, www.lexpera.com.tr, ET.28.02.2022; Ateş, Mustafa, *Fikri Hukukta Eser*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2007, s. 236.

²⁵ Özcan, Mehmet, “Fotoğrafların Telif Hakları Kapsamında Değerlendirilmesi”, *Legal FSHD*, Sayı 5, 2006, s. 147; Erel, s. 48; Yarsuvat, s. 47; Ateş, s. 66; “...bilirkişi raporuna göre; davacının fotoğraflarının profesyonel olarak çekildiğini, estetik ve sanatsal çekimler olduğu, bu hali ile “eser” niteliği taşıdığını, ayrıca ...' in fotoğraf ve videolarının özelliklerinin kişisel hususiyetlerini de taşıdığı...” İstanbul BAM, 16. HD., T. 15.6.2021, E. 2018/3063, K. 2021/1238, www.lexpera.com.tr, ET.28.02.2022.

²⁶ Bozgeyik, s. 202; Parlak Börü, s. 221.

²⁷ Bozgeyik, s. 202.

²⁸ Erel, s. 48.

zamanlama, ışık gibi fotoğrafa konu olan şeyin çıplak gözle görülenden başka türlü yansıtılmasında ortaya çıkar²⁹. Mahkemelerde yapılan fotoğraflarda estetik değerlerin tespiti ilişkin değerlendirme şu şekildedir; “...bir kişinin poz verirken, ışık durumunu ayarlarken yapmış olduğu hazırlık çalışmaları ve fotoğrafa ait cam veya film üzerinde yapmış olduğu rötuşlar, o fotoğrafa güzel sanat eseri niteliğini kazandırır³⁰.” Bir başka kararda ise, “...Fotoğrafın orijinal hali üzerinde de inceleme yapıldığı ve bilirkişi tarafından davaya konu fotoğrafın kompozisyonu, çekim açısı, çekildiği an, fotoğrafçının fotoğrafı çekme üslubu fotoğrafı sıradan ve alelade olmaktan ayırdığının ve davacının hususiyetini kattığını gösterdiğinin tespit edildiği, ...davacı fotoğrafının FSEK 4/5 maddesinde düzenlenen estetik değere sahip fotoğrafik eserlerden olduğunun anlaşıldığı...³¹” şeklinde hüküm verilmiştir.

Fotoğraf her ne kadar teknik ve cihaza dayalı olsa da insanın ustalığı ve bilgisi bir araya gelmeden estetik değerli fotoğrafların çekilmesi mümkün değildir³². Ancak fotoğraf sanatının makine ağırlıklı özelliği sebebiyle eser sahibinin hususiyetini tespit etmek güç olmaktadır³³. Dolayısıyla hangi fotoğrafların eser niteliği taşıdığı mahkemelerde atanacak bilirkişiler tarafından tespit edilmesi gerekmektedir³⁴. Her fotoğraf için ayrı ayrı inceleme yapılmalı fotoğrafçının tüm çalışmaları dikkate alınmamalıdır³⁵. Çünkü tanınmış ve çokça fotoğrafik eseri olan kişilerin tüm fotoğrafları eser niteliğinde olmayabilir. Ayrıca fotoğrafçının kişisel düşüncesinden ziyade fotoğraf sanatının genel kuralları esas alınarak belirleme yapılmalıdır³⁶. Bu da ancak alanında uzman kişilerce yapılacak inceleme sonucunda ortaya çıkar.

Fotoğraf çekimlerine yoğun emek harcamak ya da fazla masraf yapmak tek başına fotoğrafa eser niteliği kazandırmaz³⁷. Örneğin, dağın eteklerinden çekilen bir fotoğraf ya da güneş tutulması gibi nadir bir olayı konu edinen fotoğraf, herkes tarafından kolaylıkla çekilebilecek nitelikte olmasa da bir fotoğrafçıdan beklenebilecek düzeyde bir çekim niteliği olmayan

²⁹ Bayındır, Sinan, “5846 Sayılı Kanun Kapsamında Fotoğrafik Ürünlerin Eser Vasfına İlişkin Bir Değerlendirme”, *Hukuk ve Sanat*, 6. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 339; Ayiter, s. 59, 60; Erel, s. 71; Belgesay, s. 26; Öztrak, s. 27; Erel, s. 48; Yarsuvat, s. 48.

³⁰ İstanbul 1. Fikrî ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi, T. 29.11.2018, E. 2016/130, K. 2018/462, www.lexpera.com.tr, ET. 28.02.2022.

³¹ İstanbul BAM, 16. HD., T. 2.4.2021, E. 2018/1911, K. 2021/712 www.lexpera.com.tr, ET.28.02.2022.

³² Güneş, 2021, s. 94.

³³ Güneş, 2021, s. 94.

³⁴ “Dava, eser niteliğindeki fotoğrafların izinsiz kullanıldığı iddiasına dayalı, maddi ve manevi tazminat istemlerine ilişkindir. Bir fotoğrafın güzel sanat eseri olarak kabul edilebilmesi için, estetik değerinin bulunması gerekir. Fikri ürünün eser niteliğinde olup olmadığı hususu, mahkeme kendiliğinden dikkate alınmalıdır. Bir fotoğrafın eser olup olmadığının tespiti, özel ve teknik bilgiyi gerektirdiğinden bilirkişi görüşüne de başvurulmalıdır. Somut olayda davalının işlettiği iki ayrı lokantada davacıya ait 18 adet fotoğrafın kullanıldığı hususu uyumsuzluk konusu değildir. Davalı vekili, fotoğrafların eser niteliğinde olmadıklarını savunmuştur. Mahkemenin kararına esas aldığı raporu düzenleyen bilirkişi, hukukçu ve aynı zamanda inşaat mühendisi olup, fotoğraf alanında uzmanlığı bulunmamaktadır. Fotoğraf sanatı alanında uzman bilirkişi veya bilirkişi kurulundan rapor alınmalıdır.” HGK., T. 11.05.2011, E. 2011/11-205, K. 2011/305, *Legal FSHD*, Cilt 7, Sayı 26, 2011, s. 291; Fotoğraf sanatçısı bilirkişi görüşü gereklidir HGK., T. 14.05.2008, E. 2008/11-392, K. 2008/377, *Legal FSHD*, Cilt 5, Sayı 17, 2009, s. 143; 11. HD., T. 23.01.2015, E. 2014/14340, K. 2015/953 www.legalbank.net, ET. 28.02.2022; 11. HD., T. 16.06.2014, E. 2014/3510, K. 2014/11562, www.legalbank.net, ET. 28.02.2022.

³⁵ Çinko, 2021, s. 513

³⁶ Çinko, 2021, s. 512.

³⁷ Çinko, 2021, s. 512.

fotoğraflar eser sayılmazlar³⁸. Teknolojinin gelişmesiyle birlikte artık sadece fotoğraf makinaları ile değil cep telefonu, kamera gibi cihazlarla da çekim yapılabilmektedir. Bu durumda çekimde kullanılan cihazın niteliği fotoğrafın eser niteliği kazanmasına engel olmaz³⁹.

Tablo, heykel gibi üç boyutlu bir güzel sanat eserinin aslı gibi fotoğraflanması halinde bu fotoğrafın eser niteliği taşıyıp taşımayacağı tartışmalıdır⁴⁰. Öğretideki bir görüşe göre, eser sahibi fikrini esere işleterek ve kullandığı aletlere hakim olarak bir eseri kopyalamış ise burada artık eser orijinal olur⁴¹. Dolayısıyla fotoğrafçı güzel sanat eserini fotoğraflarken fotoğrafçılık yeteneklerini de çekilen fotoğrafa yansıtmış ise bu fotoğraf bir eser niteliğine sahip olur.

Üzerinde durulması gereken bir diğer husus işlenme eser olan fotoğrafik ürünlerdir. FSEK m. 1/B-c’de işlenme eser, “*diğer bir eserden istifade suretiyle vücuda getirilip de bu esere nispetle müstakil olmayan ve işleyenin hususiyetini taşıyan fikir ve sanat mahsullerini*” ifade eder şeklinde tanımlanmaktadır. FSEK m. 6’da ise, “*İstifade edilen eserin sahibinin haklarına zarar getirmemek şartıyla oluşturulan ve işleyenin hususiyetini taşıyan*” işlenmelerin eser sayılacağı hükme bağlanmıştır. Tanımdan hareketle öğretide de bir eserin işlenme eser niteliği taşıyabilmesi için asıl esere bağlı kalması, asıl eserle aynı kategoride yer alması ve asıl eserle ilişkisinin belirtilmesi gerektiği ifade edilmiştir⁴².

İşlenme esere örnek olarak, bir fotoğrafın, bir ressam tarafından yağlı boya resmine dönüştürülmesi ya da fotoğraftan yararlanılarak bir portre veya bir tablonun kabartma veya oymasının yapılması gösterilebilir⁴³. Ancak her somut olayda yeni fikri ürünün sadece asıl eserden ilham mı aldığı yoksa bir işlenme eser mi olduğu araştırılmalıdır⁴⁴. Yargıtay da fotoğrafın FSEK kapsamında işleme suretiyle oluşturulmuş fotoğrafik bir eser mi olduğu yoksa FSEK 84. maddesi kapsamında bir işaret ve resim tespiti mahiyetinde mi olduğunun araştırılması gerektiğine hükmetmiştir⁴⁵.

FSEK’de işlenme eserler örnek kabilinden sayılmıştır⁴⁶. Bunu düzenleyen FSEK m. 6’da fotoşop açıkça belirtilmemiş olsa da bazı şartları gerçekleştirmesi halinde işlenme eser kabul edilmesi mümkündür. İlk olarak, fotoşopun işlenme eser sayılabilmesi için kendisinden faydalanılan eserin de FSEK kapsamında eser olması gerekir⁴⁷. İşlenme fotoğraf eserleri asıl esere

³⁸ Çinko, 2021, s. 513; Amatörün çektiği manzara fotoğraflarında hususiyet bulunmamaktadır. Burada fotoğrafı çeken herhangi bir el becerisi göstermemiştir sadece fotoğraf makinasını kullanmıştır, Belgesay, s. 26.

³⁹ Çinko, 2021, s. 513

⁴⁰ Parlak Börü, s. 189- 190.

⁴¹ Belgesay, s. 24; Parlak Börü, s. 190.

⁴² Ulaş, Işıl, “İşlenme Eser Türü Olan Çeviri Eserde Kamuya Sunma Hakkı”, *BATİDER*, Cilt 24, Sayı 1, 2007, s. 66.

⁴³ Erel, s. 59; Bayındır, s. 341; Güneş, (Resim), s. 32.

⁴⁴ Erel, s. 59; Bayındır, s. 341.

⁴⁵ “...mahkemece, davacıya ait fotoğrafın FSEK 2, 4, 6 ve devamı maddeleri kapsamında işleme suretiyle oluşturulmuş fotoğrafik bir eser mahiyetinde mi, yoksa FSEK 84. maddesi kapsamında bir işaret ve resim tespiti mahiyetinde mi olduğu, eser mahiyetinde olması halinde FSEK 68.maddesine göre, bu mahiyette değil ve bir görüntü tespiti mahiyetinde ise haksız rekabet hükümlerine göre izinsiz çoğaltma ve yayma konusu yapılan ürün adedi itibariyle tazminatın belirlenmesi hususunda alanında uzman bilirkişi kurulundan denetime elverişli rapor alınarak değerlendirme yapılması gerekirken hatalı gerekçeyle davanın reddine karar verilmesi doğru olmamış ve hükmün bu nedenle davacı yararına bozulması bozulması gerekmiştir.” 11. HD., T. 20.05.2019, E. 2018/2500, K. 2019/3862, www.lexpera.com.tr, ET. 28.02.2022.

⁴⁶ Duman, İrmak, “Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’na Göre Fotoğraf ve Photoshop’un Eser Niteliği”, *Legal FSHD*, Cilt 12, Sayı 46, 2016, s. 569; Ateş, s. 77.

⁴⁷ Duman, s. 571- 572.

bağlıdır ve ondan tamamen soyutlanamaz⁴⁸. Ayrıca diğer eserler de olduğu gibi hususiyet ilkesini de sağlamalıdır. Fotoşop, asıl eser sahibinin haklarına zarar vermemelidir. Son olarak, fotoşop sonrası elde edilen ürün orijinal eserle aynı kategoride olmalı ve orijinal eserle bağı saklanmamalıdır⁴⁹.

Fotoşopla oluşturulan yeni fotoğrafın işleme eser niteliği taşıyıp taşıyamaması şu hususta önem taşır; işleme eserin sahibi, eserinden yararlanan önceki eser sahibi ve üçüncü kişilerin, eserini izinsiz kullanması halinde tecavüzün ref'i, maddi ve manevi tazminat davaları açabilir⁵⁰.

II. Eser Niteliğinde Olmayan Fotoğrafların Korunması

A. Haksız Rekabet Kapsamında Koruma

FSEK 84. maddenin ilk fıkrasında “*Bir işareti, resmi veya sesi, bunları nakle yarayan bir alet üzerine tespit eden veya ticari maksatlarla haklı olarak çoğaltan yahut yayan kimse, aynı işaretin, resmin veya sesin 3 üncü bir kişi tarafından aynı vasıttan faydalanılmak suretiyle çoğaltılmasını veya yayımlanmasını men edebilir.*” şeklinde düzenleme yer almaktadır. Aynı maddenin ikinci fıkrasında ise tecavüz edenin tacir olmaması halinde dahi haksız rekabet hükümlerinin (TTK 54vd) burada uygulanacağı belirtilmiştir⁵¹. Hükümün amacı ise haksız faydalanmaların önüne geçmektir⁵².

Haksız rekabet hükümlerinin uygulanacak olması sebebiyle bir tecavüz söz konusu olması halinde fotoğrafların çoğaltılması ve yayınlanması engellenebileceği⁵³ gibi şartları oluşmuş ise maddi ve manevi tazminata da hükmedilebilir⁵⁴. Yargıtay da vermiş olduğu bir kararında “*FSEK*

⁴⁸ Duman, s. 572.

⁴⁹ Duman, s. 573.

⁵⁰ 11. HD., T. 20.05.2019, E. 2018/2500, K. 2019/3862, www.lexpera.com.tr, ET. 28.02.2022.

⁵¹ TTK’da yer alan haksız rekabete ilişkin hükümler uygulanacak olsa da uyuşmazlık için görevli mahkeme ticaret mahkemesi değil, fikri sınai haklar hukuk mahkemesi olacaktır, 11. HD., T. 14.01.2015, E. 2014/14263, K. 2015/261, www.karararama.yargitay.gov.tr, ET.03.03.2022.

⁵² Ayiter, s. 81.

⁵³ “6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 56 ve devamı maddeleri aldatıcı hareket veya hüsnüniyet kaidelerine aykırı sair suretlerle iktisadi rekabetin her türlü suistimalini yasaklamakta ve müeyyideye tâbi tutmaktadır. Nitekim Yasanın 57 nci maddesinde başkalarına ait (fotoğraf, haber, röportaj, vb.) iş mahsullerinin iltibas yaratacak biçimde kullanılması bu nevi davranışlara örnek olarak gösterilmektedir. Açıklanan durum karşısında ihlalin ve bunun belirlenmesi halinde tazminat hesabının haksız rekabet hükümleri uyarınca yapılması gerekmektedir.” HGK., T. 05.10.2016, E. 2014/107, K. 2016/957, www.legalbank.net, ET.28.02.2022; “Dava konusu fotoğrafın Rahmi Koç ile gerçekleştirilen söyleşi kapsamında çekilerek özel yaşama dönük rutin nitelikte fotoğraflar olduğu, hiçbir şekilde estetik ve sanatsal anlam ve ileti taşımadığından eser olarak kabul edilmediği, bu nedenle, mali hakların FSEK kapsamında değerlendirilemeyeceği, FSEK 84.maddesine göre resmi yayanın üçüncü bir kişi tarafından aynı vasıttan faydalanılmak suretiyle çoğaltılmasını veya yayınlanmasını men etme hakkı mevcut olduğu”, 11. HD., T. 20.09.2010, E. 2009/2592, K. 2010/8963, Güneş, 2021, s. 376, dn.6; “hakları davacıya ait dünyaca ünlü Naomi C. isimli modele ait eser niteliği bulunmayan fotoğrafların FSEK’in 84.maddesi uyarınca koruma altında olduğu, anılan fotoğrafları sadece kataloglarda kullanmak için izin alan davalının fotoğrafları bunun dışında pano, dergi ve internet sayfasında yayınlamasının haksız rekabet oluşturacağı” 11. HD., T. 18.04.2011, E. 2009/11323, K. 2011/4560, Bayındır, s. 337, dn. 34.

⁵⁴ “...Her ne kadar, dava konusu fotoğraflar 5846 Sayılı Kanun hükümlerine göre eser niteliğinde olmasa da davacının mesleki çalışmalarını kapsamında edindiği bilgi birikimini kullanmak suretiyle ve belirli bir fikri çaba sonucu cinsini belirlediği şifalı bitkilerle ilişkin olarak çekimini gerçekleştirdiği fotoğrafların bir başka kitapta yer almasının davacının şahsiyet haklarının bir parçası olan bilimsel kişiliğini zedeleyici davranış olarak kabulü ve bundan dolayı elem ve üzüntü duyacağı dikkate alınarak davacı lehine hakkaniyete uygun manevi tazminata hükmedilmesi gerekirken mahkemece manevi tazminat isteminin yazılı gerekçeyle reddi doğru görülmemiş, kararın temyiz eden davacı yararına bozulmasına karar vermek gerekmiştir.” 11. HD., T. 20.12.2013, E. 2013/8009, K. 2013/234, www.legalbank.net,

84. madde uyarınca haksız rekabet sebebiyle tazminata karar verebilmek için davacının ya kendisinin doğrudan tespitini yaptığı fotoğraf olması ya da başka yerlerde bulunamayacak ancak büyük emek ve mesai sonucu bulunabilecek olan ve bir ortamda tespiti yapılan fotoğrafların izinsiz olarak çoğaltılmış olması gerekir⁵⁵.” şeklinde hüküm kurmuştur.

FSEK 84. maddenin son fıkrasında ise, eser mahiyetinde olmayan fotoğrafların da bu maddenin koruma kapsamında yer aldığı belirtilmiştir⁵⁶. Dolayısıyla sıradan, herkes tarafından çekilebilen, çeken kimsenin hususiyetini taşımayan, ilim veya edebiyat eseri veya güzel sanat eserleri grubuna girmeyen fotoğraflar da bu madde kapsamında korunacaktır⁵⁷.

FSEK m. 84, özellikle basında kullanılan ve eser niteliği taşımayan fotoğraflar için önem taşımaktadır⁵⁸. Yargıtay, haber ajansının çektiği haber ve fotoğrafları gazetesinde yayımlayan ve yayınladığı fotoğraflar için herhangi bir ücret ödemeyen ve kaynak göstermeyen tarafın FSEK 84’üncü maddeye aykırı davrandığına hükmetmiştir⁵⁹. Burada ayrıca belirtmek gerekir ki iş sözleşmesiyle bir gazete veya dergide veya bir haber ajansında çalışan kişinin çekmiş olduğu fotoğraflardan doğan mali haklar kural olarak işverene, manevi haklar ise fotoğrafı çeken kişiye ait olur⁶⁰. Ancak arada iş sözleşmesi bulunmamağaysa bu durumda fotoğraflardan doğan mali haklar işverene ait olmaz⁶¹.

Yargıtay’a konu olan uyuşmazlıklardan birisi de spor takımlarının ya da takım oyuncularının fotoğraflarının kullanılmasıdır. Burada ikili bir ayırım yapılarak inceleme yapılması gerekir. Eğer fotoğraf haksız bir kazanç sağlama düşüncesiyle paylaşılıyorsa fotoğrafının izinsiz kullanılması, yetkili kişiye yönelik haksız rekabet oluşturan bir davranış teşkil eder⁶². Ancak

ET. 28.02.2022; 11. HD., T. 23.10.2017, E. 2016/3613, K. 2017/5629, <https://karararama.yargitay.gov.tr>, ET. 03.03.2022; 11. HD., T. 20.09.2017, E. 2016/2125, K. 2017/4588, <https://karararama.yargitay.gov.tr>, ET. 06.03.2022.

⁵⁵ 11. HD., T. 05.12.2018, E. 2017/2043, K. 2018/7675, <https://karararama.yargitay.gov.tr>, ET. 04.03.2022.

⁵⁶ 11. HD., T. 22.01.2019, E. 2017/3496, K. 2019/598, <https://karararama.yargitay.gov.tr>, ET. 04.03.2022.

⁵⁷ Kılıçoğlu, Ahmet M., “Eser Sayılmayan Fikri Ürünler ve Eserin Adı ve Alametleri Üzerindeki Haklar”, *Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Sayı 8, 2013, s. 1591; Yargıtay da verdiği bir kararında fotoğrafın FSEK anlamında eser niteliğinde olmadığından haksız rekabetin bulunmadığına karar verilmesini bozma sebebi saymıştır, 11. HD., T. 18.12.2019, E. 2019/1081, K. 2019/8290, www.legalbank.net, ET. 28.02.2022.

⁵⁸ Güneş, 2021, s. 376; Gazetede haberle birlikte kullanılan fotoğraf için açılan davada, fotoğrafın internet ortamında zaten kamuoyuna yayılmış olan görsellerden derlendiği belirtilmiştir. Yargıtay ise, dava konusu edilen fotoğrafların eser niteliğinde bulunmalar da FSEK 84 maddesi kapsamında korunabileceklerine karar verilmiştir, 11. HD., T. 15.02.2016, E. 2015/6990, K. 2016/1445, <https://karararama.yargitay.gov.tr>, ET. 06.03.2022.

⁵⁹ 11. HD., T. 24.04.2007, E. 2 006/3378, K. 2007/6208, www.legalbank.net, ET. 28.02.2022.

⁶⁰ Bayındır, s. 336.

⁶¹ 11. HD., T. 09.12.2015, E. 2015/5491, K. 2015/13272, <https://karararama.yargitay.gov.tr>, ET. 06.03.2022.

⁶² “FSEK’in 86. maddesi gereğince memleketin içtimai hayatında rol oynayan kimselerin resimlerinin yayını MK’nın 24. maddesi şartları saklı tutularak serbest bırakılmışsa da bununla toplumun haber alma hakkı kapsamında, güncel bir olayla ilişkili olarak ve ticari bir amaç taşımayan kullanımlar kastedilmiştir. Oysaki dava konusu uyuşmazlığa konu posterin gerek kullanım şekli ve gerekse gazetenin bunu verme şekli açıklanan amaç doğrultusunda olmayıp; tamamen tiraj artırma, tirajı etkileme ve davacı Kulüp taraftarlarını gazeteyi satın almaları yönünde cezbetme amacına yöneliktir. O halde, somut olayda toplumu bilgilendirme ve haber alma hakkının sağlanması kapsamında görülmesi mümkün olmayan davalı kullanımı nedeniyle davacının tazminat isteme hakkı bulunmakla, mahkemece bu konuda gerekli inceleme ve değerlendirme yapılarak davalının haksız kullanımı karşılığı uygun bir tazminata karar verilmesi gerekir...” 11. HD., T. 14.11.2013, E. 2012/3348, K. 2013/20398, <https://www.sinerjimevzuat.com.tr>, ET. 16.04.2022; “...davalı gazetenin 10. sayfasında tam sayfa olarak yayımlanan davacı derneğe ait spor kulübü futbolcularına ait fotoğraf kullanılarak dev posterlerinin yayınlanmak suretiyle davacı tarafın haklarına tecavüzde bulunmuş olması ve davada eylemin haksız rekabet teşkil etmesi nedeniyle...” 11. HD., T. 13.03.2019, E. 2017/5219, K. 2019/2092, <https://karararama.yargitay.gov.tr>, ET. 02.03.2022; 11. HD., T. 10.04.2014, E. 2014/1689, K.

kullanım haber amacı taşımanın ötesine geçmiyorsa haksız rekabet kapsamında değerlendirilmemelidir⁶³. Yargıtay⁶⁴'a konu olan olayda da “...Galatasaray Futbol Kulübü'nün şampiyonluğunun haber olarak verilmesi ve spor sayfasında da geniş olarak yer alması nedeniyle, davalı eyleminin bir bütün halinde değerlendirilmesinde güncel nitelikteki haber ve yazılarla birlikte söz konusu fotoğrafın da tam sayfa poster olarak dağıtılmasında toplumsal ilginin varlığı ve kamu yararının bulunduğu da açıktır. Bu durumda, davalının eyleminde TTK hükümleri açısından bir haksız rekabetten söz edilemeyecektir.” şeklinde hüküm kurulmuştur.

Üzerinde durulması gereken bir diğer husus ise stok fotoğrafçılığıdır. Gerçek ve tüzel kişiler kendi ihtiyaç duyduğu ticari faaliyet alanıyla ilgili fotoğrafı stok fotoğraf teşebbüsünden tedarik edebilir. Fotoğraf öznesi de stok fotoğraf teşebbüsüne fotoğraflarını kullanma konusunda izin verirken bunların stok fotoğrafçısına başvuran gerçek veya tüzel kişilerce kullanılabilceğini bilmektedir. Bir diğer ifadeyle burada kişi fotoğrafının ticari amaçla kullanımına izin vermektedir⁶⁵. Fotoğraf öznesi ile stok fotoğrafçısı yapacakları sözleşmeyle de fotoğrafların hangi ticari amaçlar için kullanılabilceğini kararlaştırabilmeleri mümkündür⁶⁶. Bu kapsamda üretilip pazarlanan fotoğraflar ise, güzel sanat eseri değildir. Nitekim güzel sanat eserlerinin en önemli özelliği olan estetik değere sahip olma bu fotoğraflar için söz konusu olmaz⁶⁷

FSEK kapsamında korunan bir fotoğrafın bir marka ya da endüstriyel tasarım olarak tescil edilebilmesi de mümkündür. Ancak bu durumda fotoğrafın kullanımına dayalı olarak haksız rekabet hükümlerinin uygulanabilmesi için tescilli olmayan bir sınai mülkiyet hakkı söz konusu olması gerekir. Nitekim tescilli bir hakkın kullanımında haksız rekabetin oluşması mümkün değildir. Yargıtay'a da konu olan olayda, dava konusu ““çilek” fotoğrafının FSEK 5/4 kapsamında “fotoğrafik bir eser” olmadığı, bu nedenle ancak aynı yasanın 84/3 hükmü uyarınca haksız rekabet hükümleri çerçevesinde himaye görebileceği konusunda uyuşmazlık bulunmadığı gibi davacının daha önceden hak sahibi olduğu fotoğrafın davalı adına daha sonra 29.12.1999 tarihinde tescil edilen 7605 nolu “Gıda Ambalaj Deseni” başlıklı çoklu endüstriyel tasarım tescilinde kullanılmış

2014/7013, Bellican, Cüneyt, “Ticari Açından Kullanılmaya Elverişli Resim Üzerindeki Hakkın İzinsiz ve Reklam Amaçlı Kullanımı”, *Fasikül Dergisi*, Sayı 100, 2018, s. 143, dn. 14.

⁶³ “futbol takımlarının maç sırasında çekilen fotoğraflarının kullanılmasının haksız rekabet teşkil etmediği gerekçesiyle, davanın reddine karar verilmiştir.” 11. HD., T. 13.12.2013, E. 2013/8179, K. 2013/22805, <https://karararama.yargitay.gov.tr>, ET. 04.03.2022; “Davaya konu poster davacı futbol kulübünün 2004-2005 futbol sezonunda düzenlenen Türkiye Kupası finalini kazanması üzerine maçta üstün performans göstererek kupanın kazanılmasına katkı sağlayan dört futbolcunun stadyum içinde yaptıkları sevinç gösterileri sırasında çekilen fotoğraflardan oluşturularak hazırlanmış olup, söz konusu posterin o tarihte kamuoyunun ilgisini çeken günlük bir olaya ilişkin olduğunun kabulü gerekmektedir. Bu durumda, günlük olaylara ilişkin olup, tümüyle davalı şirket çalışanları tarafından çekilen fotoğraflardan oluşan posterle ilgili olarak yapılan yayın kamuoyunu bilgilendirme ve haber amaçlı bir yayın niteliğindedir. O halde, davalı çalışanları tarafından davacı spor kulübünün oyuncularının stadyum içinde maç sırasında çekilen görüntülerinin kupa finali maçı ertesinde poster halinde yayınının güncel ve toplumun büyük çoğunluğu tarafından ilgi ile takip edilen bir olaya ilişkin olması karşısında yapılan yayında toplumsal ilginin ve kamu yararının bulunduğu kabulü gerekir” diyerek kararı bozmuştur, 11. HD., T. 28.02.2013, E. 2011/2858, K. 2013/3681, www.lexpera.com.tr, ET. 28.02.2022.

⁶⁴ 11. HD., T. 24.2.2012, E. 2010/8968, K. 2012/2675, *BATİDER*, Cilt 28, Sayı 2, 2012.

⁶⁵ Bellican, s. 143.

⁶⁶ Kişinin fotoğrafının kullanılmasına ilişkin verdiği iznin kapsamının belirlenmesi hususunda mahkemeye verilen belgede fotoğrafın sadece pornografik ve aşağılayıcı amaçlarla kullanılmayacağı öngörülmüş olduğunu dikkate alarak kişinin fotoğrafının siyasi parti reklamında kullanılmasının iznin kapsamında olduğunu belirtmiştir, 11. HD., T. 20.10.2015, E. 2014/16623, K. 2015/10790, Bellican, s. 144, dn. 17.

⁶⁷ Bozgeyik, s. 208- 209; Ancak her somut olayın koşullarına göre değerlendirme yapılması gerekir, Parlak Börü, s. 218.

olduğu da dosya kapsamında sabit görülmüştür...O halde, davaya konu fotoğrafı kendi adına tescilli endüstriyel tasarımda kullandığı ileri sürülen davalıya karşı bu tasarımın hükümsüzlüğü istemiyle dava açılarak sicilden terkinin sağlanmadığı sürece, davalının endüstriyel tasarım tesciline dayalı kullanımına karşı FSEK 84. maddesi uyarınca haksız rekabet hükümlerine dayanılarak hak iddia edilemeyecektir⁶⁸.”

Son olarak yemek fotoğraflarının eser niteliği taşıyıp taşımadığı çeşitli Yargıtay kararlarına konu olmuştur. Bir dergide yayınlanan yemek fotoğraflarının ve yemek tariflerinin aynen alınarak gazetede kullanılması sonucu açılan davada Yargıtay, fotoğrafların FSEK anlamında eser niteliği bulunmadığına ancak FSEK 84. madde çerçevesinde korunacağına hükmetmiştir. Aynı şekilde yemek tariflerinin de haksız rekabet hükümleri çerçevesinde korunacağını belirtmiştir⁶⁹. Son yıllarda verdiği bir kararında da yemek menüsündeki fotoğrafların FSEK anlamında eser sayılmayacağına hükmetmiştir⁷⁰. Ancak yemek fotoğraflarının eser niteliğinin bulunup bulunmadığı her somut olaya göre değerlendirilmelidir.

B. Kişilik Hakları Kapsamında Koruma

1. Genel Olarak

Kişilik hakkı içerisine kişilerin kendi dış görüntüleri ve bu görüntünün yansıma ve tekrarını sağlayan vasıtalar üzerindeki hakları da girmektedir⁷¹. Bu haklar üzerinde ise kişilerin mutlak bir hakkı söz konusudur⁷². Bu sebeple izin almaksızın kişinin görüntüsünün fotoğraflanması halinde, fotoğraflanan kimse TMK m. 24 vd. hükümlerine göre koruma talep edebilir⁷³. Ayrıca FSEK 86'ncı madde de her ne kadar fotoğraf kelimesine açıkça yer verilmemiş olsa da resim ve portreler kavramları fotoğrafı da kapsayacak şekilde geniş yorumlanmalıdır. Bu sebeple kişinin fotoğrafının FSEK 86. madde kapsamında korunması da mümkündür. Dolayısıyla kişinin yalnız başına, ailesiyle, arkadaşlarıyla çekilmiş fotoğrafları bu hükmün kapsamı içerisinde yer alır⁷⁴. Ancak kişilik hakkının korunmasına ilişkin genel hükümler varken FSEK 86. maddeye ihtiyaç olup olmadığı tartışılmıştır⁷⁵.

FSEK 86. madde değerlendirildiğinde fotoğrafların belirli unsurlardan oluştuğu görülür. Bunlar; tasvir edilenin gerçek kişi olması ve dış görünüşünün tasvir edilmesi ayrıca tasvir edileni teşhise imkan vermesidir⁷⁶. Fakat fotoğrafların korumadan yararlanabilmesi için eser niteliğinde olmaları gerekmez⁷⁷. FSEK m. 86, hususiyet taşımayan sıradan fotoğraflarla eser niteliğindeki fotoğraflar arasında koruma bakımından fark gözetmemiştir⁷⁸. Ancak fotoğrafın aynı zamanda eser olması ve kişilik hakkı ile eserden doğan hakkın çatışması halinde kişilik hakkına

⁶⁸ HGK., T. 27.05.2015, E. 2013/2356, K. 2015/1440, www.legalbank.net, ET. 28.02.2022.

⁶⁹ 11. HD., T. 7.10.2010, E. 2009/3266, K. 2010/9897, *BATİDER*, Cilt 27, Sayı 1, 2011, s. 244-245.

⁷⁰ 11. HD., T. 30.03.2015, E. 2014/19190, K. 2015/4407, <https://karararama.yargitay.gov.tr>, ET. 06.03.2022.

⁷¹ Erel, s. 190.

⁷² Yarsuvat, s. 72.

⁷³ Kılıçoğlu, s. 1589.

⁷⁴ Tekinalp, § 18 N. 15; Kılıçoğlu, s. 1604.

⁷⁵ Kılıçoğlu, s. 1589.

⁷⁶ Çöl, Hüseyin Cem, “Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’na Göre Eser Dışında Koruma Konuları”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 52, Sayı 4, 2003, s. 379.

⁷⁷ Çöl, s. 379; Yarsuvat, s. 72.

⁷⁸ Kılıçoğlu, s. 1605.

üstünlük tanınması gerekir⁷⁹. Bu durum ise öğretide tartışma konusu olmuştur. Öğretideki bir görüşe göre⁸⁰, eser niteliğindeki fotoğraflar üzerinde sadece tasvir edilenin değil, eser sahibinin ve eser satın alınmış ise satın alan şahsın hakları bulunmaktadır. Tasvir edilen kişinin kişilik hakkı nasıl mutlak bir hak ise eser sahibinin fikri hakları ve satın alan kişinin mülkiyet hakkı da aynı şekilde mutlak hak teşkil etmektedir⁸¹. Dolayısıyla birbirlerinin yerine tercih edilmeleri için makul bir sebep mevcut değildir. Bu sebeple kişilik hakkına üstünlük tanımak yerine çeşitli hakların bağdaştırılmasını sağlayacak bir düzenlemenin daha uygun olacağı belirtilmiştir⁸².

Fotoğraf üzerinde kişilik hakkı ihlalinden bahsedilebilmesi için kişinin özel hayat gizliliğinin, şeref ve haysiyetinin ihlal edilmesi gerekmediği gibi kişinin fotoğrafının aşağılayıcı ve küçük düşürücü olması da gerekmez⁸³. Fotoğrafın ticari, politik veya reklam amacı ile istismar edici şekilde kullanılması kişilik haklarına aykırılık oluşturur⁸⁴.

Kişinin karikatürü, kişinin anlaşılmasına imkan verilecek şekilde izinsiz kullanımı kişilik hakkı ihlali teşkil edecektir⁸⁵. Aynı şekilde özellikle video oyunlarında tanınmış oyuncuların canlandırılmış karakterlerinin de izinsiz kullanılması, oyuncuların FSEK 86'dan kaynaklanan şahsiyet hakkının ihlalini teşkil eder⁸⁶. Kişinin fotoğrafı olarak kabul edilebilecek bir diğer husus ise Fotomontajdır⁸⁷. Örneğin fotomontaj yöntemiyle kişinin yüzü ile bir başkasının vücudu birleştirildiğinde ortaya çıkan görüntü, kişinin dış görüntüsü olacağı için FSEK 86. maddenin koruma kapsamında olacaktır⁸⁸.

FSEK m. 86'da "muvaafakat"ten bahsedildiği için hükmün kapsamına sadece insanlar girmektedir. İnsan dışındaki varlıklara ilişkin fotoğraflar maddenin kapsamına girmez. Ayrıca FSEK m. 86'da korunmak istenen kişilik hakkı olduğu için fotoğraflanan kişinin kendisi değil de malvarlığına dahil bir menkul veya gayri menkul bir mal ise bu durumda FSEK 86. madde

⁷⁹ Yarsuvat, s. 72; Güneş, (Resim), s. 34.

⁸⁰ Erel, s. 190.

⁸¹ Erel, s. 190; Yarsuvat, s. 72.

⁸² Erel, s. 190.

⁸³ Bellican, s. 139- 140; "...davacının fotoğraf ve görüntülerinin davalı tarafından internet ortamında tespit edilerek izni alınmaksızın kullanıldığı, eylemin davalının ticari faaliyetinin konusunu oluşturan spikerlik eğitimiyle ilgili yani ticari amaçlı olduğu, bu durumun FSEK'in 86. maddesinde belirlenen davacıya ait fotoğraf ve görüntülerin izni olmadan teşhir ve diğer suretlerde umuma arzı niteliğinde bulunduğu, somut olayda aynı maddede sınırlı olarak belirlenen muvaafakat gerektirmeyen istisnai hallerden birinin de bulunmadığı, davacının fotoğrafının ve görüntüsünün izinsiz olarak kullanımı sebebiyle kişilik haklarının örselendiği" 11. HD., T. 10.12.2019, E. 2019/1117, K. 2019/8033, <https://karararama.yargitay.gov.tr>, ET.02.03.2022.

⁸⁴ Kişinin izni alınmaksızın resminin davalı tarafından telefon kartları ile tanıtım broşürlerine basılması FSEK 86. maddeye aykırılık oluşturur, 11. HD., T. 17.11.2014, E. 2014/10377, K. 2014/17762, www.legalbank.net, ET. 04.03.2022.

⁸⁵ Erel, s. 190; Belgesay, s. 148; "...davacıların taleplerinin murislerinin daha önce oynadığı filmlerin yeniden yayımlanmasına ilişkin olarak yapılan reklamlarda karikatürünün izin alınmadan kullanılmasının, kullanımın reklam amaçlı olması sebebiyle FSEK 86. md.ve TMK 24 md. ve devamı hükümleri kapsamında kişilik hakkının ihlali olarak değerlendirilmesi gerektiği, davacıların murisinin başrol oynadığı filmler için ferî müdahile karikatürlerinin de filmin tanıtımında kullanılmasına ilişkin bir muvaafakati olmadığı, yine afişlerdeki karikatürlerin murisin sağlığında kullanılan orijinal film afişlerindeki haller olmasının murisin kullanıma onay verdiği şeklinde yorumlanamayacağı..." 11. HD., T. 16.06.2020, E. 2019/4898, K. 2020/2932, <https://karararama.yargitay.gov.tr>, ET. 02.03.2022.

⁸⁶ Bozbel, s. 189- 190.

⁸⁷ Işık, Egemen, "Bir Kişilik Değeri Olarak Kişinin Resmi", *İstanbul Hukuk Mecmuası*, Cilt 78, Sayı 4, 2020, s. 1739.

⁸⁸ Işık, s. 1739.

kapsamında değerlendirilmez⁸⁹. Dolayısıyla hayvan, bitki ya da kişinin sahip olduğu menkul veya gayrimenkule ilişkin fotoğraflar bu maddenin sağladığı korumadan yararlanamaz. Örneğin kişinin sahip olduğu köpeğin fotoğrafını çeken üçüncü kişi, bu fotoğrafı kartpostal olarak basıp dağıtmış ve maddi bir menfaat elde etmişse burada FSEK 86. madde uygulanamaz⁹⁰. Ancak bu fotoğraf eser niteliğinde ise eser korumasından, eser niteliğinde değilse ve şartları sağlıyor ise TTK m. 54 vd hükümlerine göre korunabilir⁹¹.

Gerçek kişilerin dış görünüşleri FSEK 86. madde kapsamında değerlendirilir. Ancak burada kişinin fotoğrafı üzerindeki hakkı yüzüyle sınırlı değildir⁹². Kişinin sadece bir uzvunun fotoğraflanması da koruma kapsamına dahil olabilir. Bunun için fotoğrafın olağan bir inceleme sonucu belirli bir kişiye ait olduğunun tespit edilmesi gerekir⁹³. Dolayısıyla kişinin hastanede çektiği göğüs, baş, ayak vs. filmleri bu madde kapsamına girmemektedir⁹⁴.

Kişi fotoğrafta ikinci planda kalıyorsa FSEK m. 86'da tanınan haktan yararlanıp yararlanamayacağı da değerlendirilmelidir⁹⁵. Bu durumda her zaman değil sadece koşullar varsa kişilik hakkı ihlalinden söz edilecektir⁹⁶. Öğretideki bir görüşe göre, kişinin fotoğrafa ayrıntı olarak dahil olduğu durumlarda fotoğrafın kullanılması için kişiden izin alınması gerekmez⁹⁷. Örneğin, tarihi bir yer fotoğraflanırken orada bulunan kişilerin de fotoğraf karesine girmeleri halinde fotoğrafta bulunan herkesten izin almak gerekmez⁹⁸. Ancak Yargıtay bu durumda çekilen fotoğrafın ticari ve reklam amacıyla kullanılmayacağını belirtmiştir⁹⁹.

FSEK 86. maddenin ikinci fıkrasında hukuka uygunluk sebepleri düzenlenmiştir;

2. Hukuka Uygunluk Sebepleri

FSEK m. 86 kapsamında hukuka uygunluk sebepleri, fotoğraflanmanın rızası, ölümünün üzerinden on yıl geçmesi veya rızanın aranmayacağı bir fotoğrafın olması şeklinde düzenlenmiştir.

⁸⁹ Çöl, s. 379.

⁹⁰ Çöl, s. 379.

⁹¹ Kılıçoğlu, s. 1604.

⁹² Bellican, s. 140.

⁹³ Belgesay, s. 148; Erel, s. 190; Bozbel, s. 189; Çöl, s. 380.

⁹⁴ Çöl, s. 379.

⁹⁵ Karlsruhe Yüksek Eyalet Mahkemesi (6 U 55/13 numaralı dosya) ünlü bir futbolcunun kamuya açık bir plajda fotoğraflanması sırasında tesadüfen yer alan bikinili bir bayanın da çekilmesi ve bu fotoğrafın basın yoluyla yayınlanmasının hukuka uygun olup olmadığıyla ilgili vermiş olduğu kararında, tazminata gerek olmadığını çünkü hayatın özel alanına yönelik ağır bir saldırı, kişiliğe yönelik ağır ve doğru olmayan söylemler ya da ağır bir karalama olmadığını belirtmiştir, Aygörmez Uğurlubay, Gülsün Ayhan, "Resim Üzerinde Hak: Ünlü Birinin Fotoğrafı ve Tesadüfen Bikinili Bir Bayanın Bu Resimde Görünmesi", *Hukuk Köprüsü*, N. 6, Sayı 6, 2014, s. 241.

⁹⁶ Kılıçoğlu, s. 1601, dn. 6.

⁹⁷ Yarsuvat, s. 73.

⁹⁸ Yarsuvat, s. 73.

⁹⁹ "Davaya konu işte davacılar için ve Anıtkabir içinde çekilmiş resim davalıya ait derginin reklamlarında kullanılmıştır. Kullanılmanın izinsiz ve ticari amaçla olduğu tartışmasızdır. FSEK m.86'da açıkça "resim ve portrelerin izinsiz yayınlanması" yasaklanmıştır. Bu nedenle sorumluluk için resim çekmenin amacı önemli değildir. Davacıların dış görünüşleri resimde yer aldığına göre eylemin yasanın emredici kuralına açıkça aykırı olduğu kabul edilmelidir. Davacıların dış görünüşlerinin resim için ikinci planda kalıp kalmaması da önemli değildir. Asıl olan kişinin dış görünüşünün yayınlanan resimde yer almış olmasıdır." HGK., T. 3.10.1990, E. 1990/4-275, K. 1990/459, Çöl, s. 380, dn. 58.

a. Rıza (İzin)

FSEK m. 86'da eser niteliğinde bulunmasa bile kişinin fotoğrafının kişi hayatta ise kendisinden, değilse mirasçılarında izin alınmadan teşhir ve umuma arz edilemeyeceği düzenlenmiştir. Maddede bahsedilen izni vermesi gereken, fotoğrafı çeken kişi değil, fotoğrafı çekilerek teşhir edilen ve umuma arz edilmek suretiyle kişilik hakkı ihlal edilen kişidir. İzin şahsa sıkı sıkıya bağlı bir hakkın kullanılması niteliğindedir. Bu sebeple iznin bizzat verilmesi gerekir¹⁰⁰.

İzin yazılı olarak verilebileceği gibi sözlü olarak da verilebilir. Ayrıca açık bir şekilde olabileceği gibi zımnem de verilebilir¹⁰¹. Bir ürüne ilişkin basın tanıtımında poz veren kişinin, bu pozunun basın tanıtımına ilişkin haberle birlikte kullanımına izin verdiği kabul edilir¹⁰². Aynı şekilde mankenler ve fotomodeller de mesleklerinin gereği olarak isteyerek çektiikleri fotoğrafların umuma arz edileceğini bilirler¹⁰³. Bu sebeple burada da zımnem verilen bir izin söz konusu olmaktadır¹⁰⁴. Bir kişinin gazeteye fotoğraflarını göndermesi de zımnem izin olarak kabul edilir¹⁰⁵. Ancak bir kişinin fotoğrafını bir fotoğrafçıya çekirtmesi örneğin, bir fotoğrafçıda vesikalık fotoğraf çekirtmesi, fotoğrafçının fotoğrafı teşhir etmesine izin vermesi anlamına gelmez¹⁰⁶.

Kişinin fotoğrafının hiç izin alınmadan kullanılmasının yanı sıra kişinin kullanım için verdiği izni geri alması veya verilen iznin kapsamının aşılmış olması hallerinde de ilgili kişinin kişilik hakkına tecavüz söz konusu olur¹⁰⁷. Kişinin belirli bir süreyle kullanımını sınırlandırdığı fotoğrafının sürenin sonunda kullanılmaya devam etmesi, kişinin izin verdiği fotoğraftan başka fotoğrafının kullanılması, belirli ürün veya hizmetle ilgili olarak verdiği iznin genişletilerek başka ürün ve hizmetleri de kapsayacak şekilde kullanılması, izin verilen mecra dışında kullanılması (radyo, televizyon)¹⁰⁸, izin verilen coğrafi sınırlar dışında kullanımı kişilik hakkının ihlali sonuçlarını doğurur¹⁰⁹.

¹⁰⁰ Kılıçoğlu, s. 1606.

¹⁰¹ Çöl, s. 381-382; Belgesay, s. 148; Erel, s. 191; Yarsuvat, s. 73; Bozbel, s. 190.

¹⁰² "...davacının fotoğraflarının bazı gazete ve internet sitelerinde davalının faaliyetlerine ilişkin olarak haber niteliğinde yer aldığı anlaşılmaktadır. Davanın konusu fotoğrafta davacının bilinçli bir şekilde poz vermiş olması karşısında onun bilgisi ve rızası dışında çekildiğinin söylenemeyeceği, basın mensuplarına bilinçli olarak fotoğraf çektiiren davacının bu fotoğrafın basın mensuplarıncı kullanılmasına muvafakatinin bulunduğu kabulünün gerektiği..." 11. HD., T. 16.11.2015, E. 2015/4944, K. 2015/12017, <https://karararama.yargitay.gov.tr>, ET. 03.03.2022.

¹⁰³ "...davalı işyerinde çalışmakta iken çekilen bu fotoğraflardan ve bu fotoğrafların reklam ve tanıtım amaçlı çeşitli mecralarda kullanılmasından haberi olduğu ve rızasının varsayılması gerektiği gözetilerek bir hüküm kurulması gerekirken fotomodel ücreti esas alınarak hesaplanan maddi ve manevi tazminata hükmedilmiş olması doğru görülmemiş, bozmayı gerektirmiştir." 11. HD., T. 11.04.2019, E. 2018/995 K. 2019/2892, www.legalbank.net, ET. 28.02.2022.

¹⁰⁴ Erel, s. 191; Yarsuvat, s. 73; Çöl, s. 381- 382.

¹⁰⁵ Belgesay, s. 148.

¹⁰⁶ Belgesay, s. 149; Bozbel, s. 189.

¹⁰⁷ Bellican, s. 141.

¹⁰⁸ "Sözleşmede "broşür" ibaresinin yazılı olması broşürün tanıtım amacıyla hazırlandığını göstermekte olup, söz konusu fotoğrafların ait oldukları ürünlerin broşür dışındaki billboard, gazete-dergi ilanlarıyla ve internet ortamında ticari amaçla piyasaya arz edilmesi için de kullanılması halini kapsamaz." 11. HD., T. 26.03.2009, E. 2007/8520, K. 2009/3643, *BATİDER*, Cilt 25, Sayı 3, 2009, s. 425- 430.

¹⁰⁹ Bellican, s. 141; "davalı ... Marka Yönetim ve Reklamcılık Ltd. Şti.'nin ilkbahar yaz kataloğu için çekilen müvekkiline ait fotoğrafları, kendisinden izinsiz olarak diğer davalı ... Tic. A....tarafından 29/04/2011 tarihli ...

Kişinin fotoğrafının televizyon, sinema, internet gibi mecralarda yayınlanan reklamlarda izinsiz bir şekilde kullanılması kişilik hakkının ihlali sonucunu doğurur¹¹⁰. Kişinin reklamda kısa ya da uzun süre yer alması tazminat miktarını etkilese de hukuka aykırılığı ortadan kaldırmaz. Ayrıca kişinin tanınmış veya tanınmamış bir kişi olması da hukuka aykırılıkta bir değişiklik oluşturmaz¹¹¹. Zira kişinin tanınmış bir kişi olması fotoğrafının izinsiz şekilde reklam amaçlı olarak kullanılmasına katlanma zorunluluğu vermez. Tanınmış kişiler normal kişilere göre özel hayatın gizliliği konusunda bazı istisnalara katlanmak zorunda olsalar da bu durum, fotoğraflarının izinsiz olarak reklam amaçlı kullanılabilmesi anlamına gelmez¹¹². Dolayısıyla bir gazetenin, derginin satışını artırmak amacıyla tanınmış bir kişinin fotoğrafının izinsiz poster halinde verilmesi de kişilik hakkı ihlalidir. Çünkü burada posterin reklamı yapılarak ve ünlü kişinin tanınmışlığından faydalanılarak tirajın artırılması amaçlanmaktadır¹¹³.

Fotoğrafı paylaşılacak istenen kişi küçük ise, velayet hakkına sahip anne ve babadan izin alınmalıdır¹¹⁴. Zira velayet altındaki küçüklerin yaşları itibarıyla bu konudaki istek ve rızaları, fotoğrafı izinsiz paylaşan kişinin eylemlerini haklı kılmayacak ve hukuka aykırılığı ortadan kaldırmayacaktır. Ancak yasal temsilci, küçüğün menfaatleri doğrultusunda rıza vermekten kaçınabilir¹¹⁵. Bu hususta Bölge Adliye Mahkemesine konu olan olayda, çocuğun fotoğrafları sadece anneanneden izin alınarak çekilmiş ve daha sonra ticari işletmeyi tanıtmak amacıyla oyun parkındaki afişlerde ve şirketin Facebook sayfasında reklam amacı ile kullanılmıştır. Bunun üzerine anne ve baba velayeti altında bulunan kızlarının kişilik haklarının ihlal edildiği gerekçesiyle açtığı davada Bölge Adliye Mahkemesi, küçüğün velayet hakkı kendilerinde olan anne ve babadan izin alınması gerektiğine hükmetmiştir¹¹⁶. Ayrıca anne ve babanın boşanmış olması mümkündür. Bu durumda çocuğun velayet hakkı kimde kalmış ise, bu kişiden çocuğun fotoğrafının paylaşılması için izin alınması gerekir. Nitekim, Yargıtay'da velayet hakkı annede bulunan çocukların fotoğrafının sadece babanın izni ile bir dergide paylaşılması sonucu manevi

Gazetesinin Kelebek ekinde üzerine "Büyük beden" ibaresi konularak” yayınlanması FSEK 86. maddeye aykırılık teşkil eder, 11. HD., T. 13.02.2014, E. 2013/11369, K. 2014/2513, <https://karararama.yargitay.gov.tr>, ET. 04.03.2022.

¹¹⁰ Genel seçimlerde kullanılmak üzere hazırlanan reklam filminde ünlü bir sanatçının görüntüsüne izinsiz olarak yer verilmesi sebebiyle açılan davada mahkeme fotoğrafın izinsiz kullanılmasının hukuka aykırılığını bu sebeple maddi ve manevi tazminata hükmedilmesi gerektiğine karar vermiştir. 11. HD., T. 20.4.2017, E. 2016/3258, K. 2017/2310, <https://karararama.yargitay.gov.tr>, ET.04.03.2022.

¹¹¹ Bellican, s. 142; Davacı üniversite öğrencisi katıldığı bir konser esnasında çekilen görüntülerinin izni alınmadan internet sitesine konulması sebebiyle açılan davada, mahkeme, 5846 sayılı Yasanın 86'ncı maddesi gereğince kişilerin kendisine ait resim ve fotoğraflar üzerinde kişilik hakkının bulunduğunu, bunların kişinin muvaffakati olmaksızın teşhir ve umuma arz edilemeyeceğini bu durumun haksız fiil teşkil ettiğini bu sebeple de manevi tazminata hükmedilmesi gerektiğine karar vermiştir, 11. HD., T. 09.09.2013, E. 2013/11184, K. 2013/15282 www.legalbank.net, ET. 28.02.2022.

¹¹² Bellican, s. 141.

¹¹³ Bellican, s. 142.

¹¹⁴ Down sendromlu çocuklarına ait görüntülerin davalı tarafından çıkartılan ders kitabına izinsiz olarak basılması sebebiyle açılan davada FSEK 86'a aykırı davranıldığına karar verilmiştir, 11. HD., T. 12.06.2014 E. 2014/4648, K. 2014/11254, <https://karararama.yargitay.gov.tr>, ET.04.03.2022; Çocukların fotoğrafı davalı taraf okulunun kıyafetlerinin tanıtımında kullanılmak üzere çekilmiş ancak bilgi verilmeden ve izin alınmadan fotoğraflar okulun internet sitesinde ve reklam afişlerinde de kullanılmıştır. Yargıtay, çocukların fotoğraflarının rıza dışında okulun internet sitesinde ve reklam afişlerinde kullanılması ile gerçekleşen haksız eylem nedeniyle çocuklar için manevi tazminat talibinin kabulüne karar vermiştir, 11. HD., T. 23.5.2016, E. 2015/10721, K. 2016/5589, <https://www.lexpera.com.tr>, ET. 18.04.2022.

¹¹⁵ Bellican, s. 145.

¹¹⁶ Antalya BAM, 11. HD., T. 23.3.2017, E. 2017/224, K. 2017/237, <https://www.lexpera.com.tr/kullanici-profil>, ET. 18.04.2022.

tazminat hakkının doğacağı sonucuna hükmetmiştir¹¹⁷. Ayrıca küçük, fotoğrafının kullanılması için yasal temsilci tarafından verilen izni reşit olduktan sonra kaldırabilir¹¹⁸.

Küçüğün fotoğraf üzerindeki kişisel hakları anne ve baba tarafından da ihlal edilebilir¹¹⁹. Burada anne ve babanın velayet hakkı kapsamındaki yetkileri ile çocuğun kişilik hakkı arasında bir çatışma söz konusu olabilir¹²⁰. Anne ve babanın paylaştığı fotoğrafın velayet hakkını ihlal edecek ağırlıkta olması halinde, TMK m. 346 ve devamı hükümlerine göre hakim, çocuğun korunmasına yönelik uygun önlemleri alır. Ayrıca fotoğrafı yayımlanan küçüğün profesyonel anlamda model olması da mümkündür. Bu durumda somut olayda küçüğün fotoğrafının tanınmış kişilere ilişkin düzenleme kapsamında da ayrıca incelenmesi gerekir.

Karı ve kocanın da birbirlerinin fotoğrafını teşhir ederek kişilik hakkı ihlaline sebep olabilmeleri mümkündür. Örneğin, kocasını utanç içinde bırakacak bir fotoğraf paylaşan kadın, kocasının fotoğrafı üzerindeki kişilik hakkını ihlal eder¹²¹. Bu durumda da mahkemeye başvurulması mümkündür.

Fotoğrafçının alması gereken izinleri almaması, fotoğrafçının eser sahibi sayılmasına engel olmaz. Ancak eserinden yararlanmasına engel olabilir. Zira kendisinden izin alınmayan hak sahipleri, fotoğrafçının fotoğraftan yararlanmasına engel olabilir¹²².

¹¹⁷ “Başka bir kişiye ait resmi veya fotoğrafı kullanma yetkisi sadece o kişinin iznine bağlıdır. Velayet hakkı davacı anneye ait olan küçükler hakkında davacı anneden böyle bir izin alınmamıştır. Ayrıca, küçüklerin yaşları itibarıyla bu konudaki istek ve rızaları davalıların eylemlerini haklı kılmayacak ve hukuka aykırılığı ortadan kaldırmayacaktır. Küçüklerin fotoğraflarının izin alınmaksızın ticari amaçla çıkarılan bir dergide yayımlandığı gözetildiğinde B.K'nun 49. maddedeki şartların gerçekleştiğinin kabulü gerekecektir. Ancak çocukların fotoğraflarının dergide yayınlanması yönünden yayın içeriği, fotoğrafların kullanım şekli, derginin niteliği gözetildiğinde davacı annenin kişilik haklarına saldırı sayılacak bir yön bulunmamaktadır. O halde, mahkemece fotoğrafın ticari amaçla yayımlandığı gözetilmeden ve yalnızca fotoğraflarının çekiliş biçimleri değerlendirilerek karar verilmesi doğru değildir. İzinsiz fotoğrafları dergide kullanılan küçükler yararına uygun bir miktar manevi tazminata karar verilmesi gerekeceğinden kararın bozulması gerekmiştir.” şeklinde hüküm vermiştir, 4. HD., T. 10.03.2009, E. 2008/6920, K. 2009/3478, <https://www.lexpera.com.tr/kullanici-profil>, ET. 20.12.2019.

¹¹⁸ 11. HD, T. 28.05.2018, E. 2016/12543, K. 2018/3978, *BATİDER*, Cilt 34, Sayı 3, 2018, s. 330- 331.

¹¹⁹ Bu durumda TMK 346 vd hükümlerine göre ve TMK 24-25 hükümlerine göre çocuğun anne ve babasına karşı korunabilmesi mümkündür, Akdi, Murat, “Ana-Babanın Çocuğun Fotoğraf ve Görüntülerinin Sosyal Medyada Yayınlanmasından Doğan Sorumluluğu”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi (Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan Cilt 1)*, Cilt 22, Sayı 3, 2016, s.137 vd.

¹²⁰ Karauz, Agah Kürşat, “Ebeveynlerin Sosyal Medya Aracılığıyla Çocuklarının Fotoğraflarını Paylaşmalarının Medeni Hukuk Kapsamında Değerlendirilmesi”, *KTO Karatay Üniversitesi Sempozyum Bildiri Kitapçığı*, Konya, 2018, s. 12.

¹²¹ Belgesay, s. 149.

¹²² Arkan Serim, Azra, “Fotoğraf Sanatları Alanında Telif Hakları”, *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 18, Sayı 1, 2019, s. 68.

Kişinin fotoğrafının hukuka uygunluk sebebi olmadan ve izinsiz şekilde kullanılması maddi ve manevi tazminat isteme hakkını ortaya çıkarır¹²³. Yargıtay¹²⁴ internet ortamından bir kişinin fotoğrafı alınarak izinsiz bir şekilde reklam şirketine verilmesi ve üniversitenin örnek kampüs kartında kullanılması üzerine vermiş olduğu kararında, “FSEK’in 86. m. belirlenen davacıya ait fotoğrafın izni olmadan teşhir ve diğer suretlerde umuma arzı niteliğinde bulunduğu, somut olayda aynı maddede sınırlı olarak belirlenen muvafakat gerektirmeyen istisnai hallerden birinin de bulunmadığı, davacının resminin izinsiz ve ticari amaçla kullanıldığı, davalının reklam amaçlı bu kullanımdan dolayı esasen bir sözleşmeyle bu fotoğrafı reklam yüzü olarak kullanması halinde davacıya ödemesi gereken tutar kadar bir ekonomik yarar elde ettiği, yapılan piyasa araştırma sonuçlarına göre böyle bir reklam için kullanılacak yüzün, sözleşme değeri, reklamı yapılacak ürünün niteliği, kullanım alanı, toplumsal getirisi yanında reklam afişinin boyutu, süresi ve yayınlanma alanı dikkate alınarak...” maddi ve manevi tazminata hükmedilmesi gerektiğini belirtmiştir.

b. Kişinin Ölümünün Üzerinden On Yıl Geçmesi

Kanun koyucu FSEK m. 86’da eser niteliğinde olmasalar dahi, fotoğrafı çekilen kişinin eğer bu kişi ölmüş ise, FSEK m. 19/1’de belirtilen kişilerin izniyle fotoğrafın teşhir veya diğer suretlerle halka arz edilebileceği belirtilmiştir¹²⁵. Ancak kişinin ölümünün üzerinden on yıl geçmiş ise artık izin alınmasına gerek yoktur.

¹²³ “...belediye hizmeti tanıtımı için yapılan röportaj sırasında çekildiği anlaşılan fotoğrafın daha sonra ilgililerin izni alınmaksızın kamuya sunumunun hukuka uygun olmadığı, fotoğrafın kişilik haklarının bir parçası olduğu ve ilgilinin izni alınmaksızın basılıp yayınlanamayacağı ve kamuya sunulamayacağı, röportaj için alınan üstü örtülü rızanın ise tüm kullanımlara açık bir izin olarak kabul edilemeyeceği, bu haliyle MK'nun 26., FSEK 86. madde kapsamında davacı tarafın iddiaları haklı görülmeyle, dava konusu fotoğraflar eser olmasa dahi, FSEK 86. madde kapsamında tazminat hakkı doğurduğu...” 11. HD., T. 16.11.2015, E. 2015/5089, K. 2015/12061, www.lexpera.com.tr, ET. 03.03.2022; “Somut olayda, manevi tazminat istemine konu olan ve izinsiz çekilen davacılarca ait fotoğrafların İstanbul’da bulunan bir semtin tanıtımı amacıyla çekildiği, davalıların bu fotoğrafları kullanırken herhangi bir ticari gaye gütmedikleri, çekilen fotoğraflarda davacıları incitecek karelerin, detayların bulunmadığı, davacıların kişilik haklarını ihlal edici bir durumun dava konusu olayda oluşmadığı sadece, fotoğrafların davacıların rızaları aranmaksızın çekildiği” değerlendirilmesi yapılarak davacılar lehine manevi tazminata hükmedilmesine karar verilmiştir, 11. HD., T.14.05.2014, E. 2014/3476, K. 2014/9292 www.legalbank.net, ET. 28.02.2022; 11. HD., T. 29.11.2017, E. 2016/5027, K. 2017/6726, <https://karararama.yargitay.gov.tr>, ET.03.03.2022; 11. HD., T. 11.01.2018, E. 2016/6284, K. 2018/204, <https://karararama.yargitay.gov.tr>, ET.03.03.2022; 11. HD., T. 27.01.2016, E. 2015/6438, K. 2016/881, <https://karararama.yargitay.gov.tr>, ET. 03.03.2022.

¹²⁴ 11. HD., T. 24.01.2017, E. 2015/12654, K. 2017/461, *BATİDER*, Cilt 33, Sayı 2, 2017.

¹²⁵ “...Davacıların murisine ait 36 adet resmin davalı şirketçe bastırılan katalogdan yer aldığı, bu konuda eser sahibinin mirasçıları olan davacıardan izin alınmadığı sabittir. FSEK’nun 20. maddesinde öngörülen eser sahibinin mali haklarından olan aynı yasanın 21.maddesindeki çoğaltma hakkı davalılarca basılan katalog sayısı kadar ihlal edilmiştir...” 11. HD., T. 15.06.2005, E. 2004/4156, K. 2005/7786, www.lexpera.com.tr, ET. 31.03.2022; “...somut olayda davalının, davacının murisi olan babasının isim ve resmini izinsiz olarak kullandığı, bu kullanımın meşru bir hakka dayalı olmadığı, eylemin FSEK 86/1., Borçlar Kanunu’nun 57. ve TTK’nın 54. maddesine aykırılık teşkil ettiği, davacının murisinin isminin ve resminin rıza dışı kullanımının aynı zamanda TMK’nın 26. maddesine de aykırı olduğu gerekçesiyle davacının babası olan ...’a ait kişisel bilgi ve fotoğrafların internet, basın yayın, her türlü görsel ve yazılı medyada kullanımının menine, davalı tarafından ...alan adlı internet sitesinin kullanımının engellenmesine, 10.000,00 TL manevi tazminatın 16.3.2011 tarihinden itibaren yasal faiziyle birlikte davalıdan tahsiline karar verilmiştir.” 11. HD.,T. 30.03.2015, E. 2014/19061, K. 2015/4357, <https://karararama.yargitay.gov.tr>, ET. 03.03.2022.

c. Rızanın Aranmayacağı Haller

FSEK m. 86/2'ye göre rıza koşulunun aranmayacağı haller belirtilmiştir. Bunlardan ilki, “*Memleketin siyasi ve içtimai hayatında rol oynayan kimselerin*” fotoğraflarının yayınlanmasıdır. Memleketin siyasi ve içtimai hayatında rol oynayan kimselerin tespitinde tüm ülkenin dikkate alınması gerekir. Bir diğer ifadeyle izinsiz fotoğrafı kullanılmak istenen kişinin sadece bir bölgede değil, bütün ülkede tanınıyor olması gerekir¹²⁶. Ayrıca fotoğrafın belirli bir bölgeyle sınırlı olarak umuma arz edilmesi veya kullanılması sonucu değiştirmeyecektir¹²⁷.

FSEK m. 86/2 hükmüne göre, siyasi parti başkanları, milletvekilleri, sinema oyuncularını, bakanlar, devlet ve ilim adamları, tanınmış sanatçıların fotoğraflarının yayınlanmasında bu kişilerden izin alınmasına gerek bulunmamaktadır¹²⁸. Ancak burada özel hayatın gizliliği ilkesine de dikkat edilmesi gerekir¹²⁹. Bu hususta yabancı mahkeme kararlarına bakıldığında kamuya mal olmuş kişilerin de kamusal alanda olsalar dahi özel alanlarının olacağı belirtilmiştir. Çünkü bu kişilerin kamuya çıkmakla özel hayatlarından tamamen vazgeçtiklerinin düşünülmesi mümkün değildir¹³⁰. Bir başka yabancı mahkeme kararına göre ise, kamuya mal olmuş kişilerin ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekmektedir. Örneğin politikacıların kamusal alandaki etkilerinin daha fazla olması sebebiyle özel hayatları daha sınırlıdır. Nitekim burada toplumun haklı bir menfaati söz konusu olabilir. Ancak politikacılar dışında kalan kişilerin özel hayatları daha çok toplumun merak duygusuna hitap etmektedir. Bu sebeple sadece okuyucunun merak duygusunu gidermeye yarayan fotoğraf ve haberler ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilmemelidir¹³¹.

Yargıtay, tanınmış bir sanatçının açıklarda yer alan teknesinde bikinili fotoğrafının haber yapılması üzerine, özel hayatın ihlali sebebiyle açılan davada, kişinin fotoğrafının çekildiğinden haberinin olmadığı, kamuya mal olmuş sanatçının mesleki faaliyeti içerisine girmeyen ve aynı zamanda toplumun bilgilendirilmesi ve haber alması kapsamına giren özel yaşam alanına dahil olmayan bir husus olması sebebiyle özel hayatın ihlal edildiğine karar vermiştir¹³². Kararında ayrıca özel yaşamı salt mekana indirgeyen ve kamuya mal olmuş kişilerin konutları dışında özel hayatlarının olmadığı sonucunu doğuracak şekilde verilmiş olan yerel mahkeme kararını bozmuştur¹³³.

Tanınmış bir futbolcunun aynı zamanda menajeri olan babasının plajda kız arkadaşıyla beraberken fotoğrafları çekilmiştir. Bunun üzerine yargıya intikal eden olayda Yargıtay¹³⁴, fotoğrafın özel hayatın gizliliği niteliği taşıyıp taşımadığı inceleme konusu yapılmıştır. Sonuç olarak ise, fotoğrafın kamuya açık bir alanda çekildiği ve çekilen fotoğrafların hileli fotoğraflar olmadığı bu sebeple de özel hayatın ihlali niteliği taşımadığına karar verilmiştir. Ancak kararda kamuya mâl olmuş kişilerin yakınlarının toplum tarafından tanınmış bir kişi mi olduğu yoksa

¹²⁶ Kılıçoğlu, s. 1596, dn.5

¹²⁷ Kılıçoğlu, s. 1596, dn.5

¹²⁸ Bozbel, s. 190; Yarsuvat, s. 74.

¹²⁹ Belgesay, s. 149.

¹³⁰ Aksoy Dursun, Sanem, “Yargı Kararları Işığında Özel Hayata Saygı Hakkının Basın Özgürlüğü İle İlişkisi”, *Kişilik Haklarına İlişkin Güncel Sorunlar*, 1. Baskı, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2020, s. 51.

¹³¹ Aksoy Dursun, s. 53.

¹³² 12. CD., T. 10.06.2013, E. 2012/32005, K. 2013/15770, Aygörmez Uğurlubay, s. 242- 243.

¹³³ 12. CD., T. 10.06.2013, E. 2012/32005, K. 2013/15770, Aygörmez Uğurlubay, s. 242- 243.

¹³⁴ HGK., T. 15.05.2002, E. 2002/4-413, K. 2002/409, Aksoy Dursun, s.55- 56, dn. 64.

tanınmış kişiyle ilişkilendirilerek mi toplum tarafından tanınabileceği inceleme konusu yapılmamıştır¹³⁵.

FSEK m. 86/2'ye göre rıza koşulunun aranmayacağı hallerden bir diğeri, “*Tasvir edilen kimselerin iştirak ettiği geçit resmi veya resmî tören yahut genel toplantıları gösteren*” fotoğraflardır. Bu fıkra kapsamında ise dikkate alınan husus fotoğrafı çekilen kişi değildir. Burada önemli olan kişinin katıldığı tören ya da toplantıdır¹³⁶. İster toplumca tanınan bir kişi ister sıradan bir kişi olsun, bu tür tören ya da toplantı tarzı etkinliklere katıldığında fotoğraflarının çekilmesini kabul etmiş sayılır¹³⁷.

FSEK m. 86/2'ye göre rıza koşulunun aranmayacağı son durum ise, “*Günlük hâdiselere mütaallik resimlerle radyo ve film haberleri*”dir. Bu fıkra da ise meydana gelen olaylardaki kişiden ziyade yaşanan günlük bir olayın aktarılması amacı olduğu için rızanın aranmasına gerek görülmemiştir¹³⁸. Hükümde yer alan günlük hadiseler sosyal, ekonomik, siyasi her türlü olayı kapsamaktadır¹³⁹. Örneğin, trafik kazasına karışanların fotoğrafları bu fıkra kapsamında değerlendirilebilir.

Yargıtay'ın kararlarından hareketle kişilik hakları ve basın haber verme hakkı arasındaki denge belirlenirken gerçeklik, güncellik, kamu yararı, konuyla bağlantılılık ve öz ile biçim arasındaki denge göz önüne alınmalıdır¹⁴⁰. Dolayısıyla kişinin fotoğrafının bu fıkra kapsamında izinsiz kullanılabilmesi için kişi, güncel bir olayın kahramanı olmalıdır¹⁴¹. Ayrıca kişinin fotoğrafının bir haberde kullanılabilmesi için yapılan haberin doğru olması gerekir. Bu hususta Yargıtay'a konu olan bir olayda Yargıtay, “*5846 sayılı FSEK 84/1 maddesi çerçevesinde korunan sosyal medya hesabında paylaştığı fotoğrafının, gerçeğe aykırı bir şekilde, davalı gerçek kişi tarafından yapılan bir cinayet haberinde, maktüle ait resim gibi kullanılmasının, umuma arzının, görsel medya organlarında yayınlanmasının, davacının FSEK. 'in 86. maddeden kaynaklı hakkını ihlal ettiği, bu şekildeki kullanımın, FSEK. 'in 86/II maddesi bağlamında “günlük olaylara ilişkin resimlerle, radyo ve film haberleri” kapsamında değerlendirilmesinin mümkün olmadığı,*”na karar verilmiştir¹⁴².

Son olarak, FSEK 86. madde de fotoğrafların korunmasında TBK 58. madde ile koşulları varsa TCK'nın ilgili maddelerinin uygulanacağı belirtilmiştir. Ayrıca fotoğrafın yayımının caiz olduğu durumlarda da fotoğrafın TMK'un 24. maddesine aykırı olmaması gerekir¹⁴³. Eğer teşhir edilen fotoğraf çekildiği durum ve koşullar sebebiyle fotoğrafı çekilen kişinin kişilik haklarını ihlal

¹³⁵ Aksoy Dursun, s.56.

¹³⁶ Yarsuvat, s. 74.

¹³⁷ Kılıçoğlu, s. 1607; “...davalı Belediye'nin, küçük... 'ın yakın plandan çekilmiş büyük ebattaki fotoğrafını belediye hizmetlerinin tanıtımında izinsiz olarak reklam yüzü olarak kullandığı ve şahsiyet haklarının ihlal edildiği, kullanımın davalı vekilinin savunduğu gibi FSEK 86/2 maddesindeki istisna kapsamında yer almadığı...” 11. HD., T. 18.02.2015, E. 2014/17121, K. 2015/2161, <https://karararama.yargitay.gov.tr>, ET.03.03.2022.

¹³⁸ Kılıçoğlu, s. 1608.

¹³⁹ Kılıçoğlu, s. 1608.

¹⁴⁰ İtişgen, Rezzan, “Kişi Görüntü ve Fotoğraflarının Basında İzinsiz Kullanımının AİHM ve Yargıtay İçtihatları Açısından Değerlendirilmesi”, *Terazi Hukuk Dergisi*, Cilt 11, Sayı 116, 2016, s. 34.

¹⁴¹ Belgesay, s. 150.

¹⁴² 11. HD., T. 16.12.2019, E. 2019/1770, K. 2019/8230, <https://karararama.yargitay.gov.tr>, ET. 02.03.2022.

¹⁴³ Ayiter, s. 89; Kılıçoğlu, s. 1601 ve 1611; Tekinalp, § 18 N. 14; Belgesay, s. 150.

eder nitelikteyse kişi, TMK 24 ve 25. maddeye göre koruma talep edebilir¹⁴⁴. Örneğin, kişiyi çevresine karşı gülünç bir duruma düşüren bir fotoğraf varsa kişi, TMK hükümlerine göre koruma talep edebilir. Aynı şekilde kişilerin özel alanlarıyla ilgili bir fotoğrafın paylaşılması da kişilik hakkını ihlal ettiğinden sorumluluğa yol açar¹⁴⁵.

SONUÇ

FSEK eser niteliğinde olan fotoğraflar ile eser niteliğinde olmayan fotoğrafların korunmasına ilişkin düzenlemeler yapmıştır. Bir fotoğrafın eser olarak korunabilmesi için kanunda belirtilen eser kategorilerinden birine dahil olması ve eser sahibinin hususiyetini taşıması gerekir. Fotoğraf eserleri, ilim ve edebiyat eserleri (FSEK m. 2/3) ve güzel sanat eserleri (m. 4/5) içerisinde düzenlenmiştir. Eser niteliği taşımayan fotoğraflara ilişkin ise FSEK m. 84 ve 86. maddeleri ile koruma getirilmiştir. FSEK m. 2/3'e göre ilim ve edebiyat eserleri kapsamında bir fotoğrafın korunabilmesi için estetik nitelik taşımasına gerek yoktur. Ancak öğretici ve açıklayıcı nitelikte olmaları ve sahibinin hususiyetini taşıması gerekir. FSEK m. 4/5 kapsamında bir fotoğrafın güzel sanat eserleri olarak korunabilmesi için ise estetik değere sahip olması ve sahibinin hususiyetini taşıması gerekir. Fotoğraflarda hususiyetin tespiti oldukça güçtür. Bu sebeple hususiyetin tespiti alanında uzman bilirkişiler tarafından yapılması gerekir. Yargıtay'da kararlarında bunu vurgulamaktadır.

Sıradan, herkes tarafından çekilebilen bir diğer ifadeyle sahibinin hususiyetini taşımayan fotoğraflar FSEK m. 84 ile koruma altına alınmıştır. Hükme göre, bir fotoğrafı nakle yarayan bir alet üzerinde tespit eden ya da ticari amaçla haklı olarak çoğaltanlar, aynı fotoğrafın üçüncü kişiler tarafından kullanılmasını engelleyebilir. Bu hususta Yargıtay kararlarına sıkça konu olan fotoğraflar basın mensuplarınca çekilen haber ve magazin fotoğraflarıdır. Bu fotoğraflar ne ilim ve edebiyat eserleri kapsamında ne de güzel sanat eserleri kapsamında koruma altına alınmıştır. Zira ilim ve edebiyat eseri ve güzel sanat eseri niteliğindeki fotoğraflardan farklı olarak basın mensuplarınca çekilen fotoğraflarda hususiyet bulunmamaktadır. Ancak bu fotoğraflar eser sayılmasalar da FSEK kapsamında koruma altına alınmıştır. Koruma kapsamını belirlerken ise Yargıtay, basının çektiği fotoğraflar da ikili bir ayırım yapmaktadır. Eğer fotoğraf haber kapsamında kalıyorsa ve FSEK 86'da düzenlenen hukuka uygunluk sebepleri içerisinde değerlendirilebiliyorsa haksız bir kullanım söz konusu olmaz. Fakat amaç sadece başkasından haksız bir kazanç sağlamaya çalışmak ise, burada haksız bir kullanım söz konusu olur.

Kişinin fotoğrafı, kişilik hakları içerisinde yer almaktadır. Bu sebeple FSEK 86. maddede yayımın caiz olduğu durumlarda da TMK 24 vd. hükümlerine göre fotoğrafın korunacağı belirtilmiştir. Ayrıca kişinin fotoğrafının izni olmadan teşhir ve umuma arz edilemeyeceği hükme bağlanmıştır (FSEK 86). Maddenin ikinci fıkrasında ise, fotoğrafın rızası, ölümünün üzerinden on yıl geçmesi veya rızanın aranmayacağı bir fotoğrafın olması şeklinde hukuka uygunluk sebepleri düzenlenmiştir. Rızanın aranmayacağı haller ise üç grupta toplanmıştır. Bunlar; *“memleketin siyasi ve içtimai hayatında rol oynayan kimselerin”* fotoğrafları, *“tasvir edilen kimselerin iştirak ettiği geçit resmi veya resmî tören yahut genel toplantıları gösteren”* fotoğraflar ve *“Günlük hâdiselere mütaallik resimlerle radyo ve film haberleri”* şeklinde

¹⁴⁴ Belgesay, s. 150.

¹⁴⁵ Kılıçoğlu, s. 1611.

belirtilmiştir. Yargıtay’da kararlarında hukuka uygunluk sebeplerinin bulunup bulunmadığını incelemektedir.

KAYNAKÇA

Akdi, Murat, “Ana-Babanın Çocuğunun Fotoğraf ve Görüntülerinin Sosyal Medyada Yayınlanmasından Doğan Sorumluluğu”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi (Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan Cilt 1)*, Cilt 22, Sayı 3, 2016, s. 123- 144.

Aksoy Dursun, Sanem, “Yargı Kararları Işığında Özel Hayata Saygı Hakkının Basın Özgürlüğü İle İlişkisi”, *Kişilik Haklarına İlişkin Güncel Sorunlar*, 1. Baskı, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2020, s. 31- 65.

Arkan Serim, Azra, “Fotoğraf Sanatları Alanında Telif Hakları”, *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 18, Sayı 1, 2019, s. 63- 77.

Arslanlı, Halil, *Fikri Hukuk Dersleri II, Fikir ve Sanat Eserleri*, Sulhi Garan Matbaası, 1954.

Ateş, Mustafa, *Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Hakların Kapsamı ve Sınırlandırılması*, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2003.

Ateş, Mustafa, *Fikri Hukukta Eser*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2007.

Aygörmez Uğurlubay, Gülsün Ayhan, “Resim Üzerinde Hak: Ünlü Birinin Fotoğrafı ve Tesadüfen Bikinili Bir Bayanın Bu Resimde Görünmesi”, *Hukuk Köprüsü*, N. 6, Sayı 6, 2014, s. 239- 243.

Ayiter, Nuşin, *Hukukta Fikir ve Sanat Ürünleri*, Sevinç Matbaası, Ankara, 1972.

Bayındır, Sinan, “5846 Sayılı Kanun Kapsamında Fotoğrafik Ürünlerin Eser Vasfına İlişkin Bir Değerlendirme”, *Hukuk ve Sanat*, 6. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 329- 348.

Belgesay, Mustafa Reşit, *Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Şerhi*, M. Sıralar Matbaası, 1955

Bellican, Cüneyt, “Ticari Açıldan Kullanılmaya Elverişli Resim Üzerindeki Hakkın İzinsiz ve Reklam Amaçlı Kullanımı”, *Fasikül Dergisi*, Sayı 100, 2018, s. 139- 151.

Bozbel, Savaş, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015.

Bozgeyik, Hayri, “Fikir ve Sanat Eserlerinde Hususiyet”, *BATİDER*, Cilt 25, Sayı 3, 2009, s. 169- 222.

Bozkurt Yüksel, Armağan Ebru, “Sokak Fotoğrafçılığı ve Kişisel Verilerin Korunması”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Cilt 1, Sayı 42, 2020, s. 525- 566.

Çinko, M. Sıddık, *101 Soruda Fotoğrafçının ve Fotoğraflanan Kişinin Hakları (Fotoğraf ve Hukuk)*, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020.

Çinko, M. Sıddık, “Sanat Eseri Olan Fotoğraflar Üzerindeki Haklar”, *Hukuk ve Sanat*, 6. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 509- 528

Çinko, M. Sıddık, “Fotoğrafçının Hakları”, *Legal FSHD*, Cilt 11, Sayı 42, 2015, s. 79- 84.

Çöl, Hüseyin Cem, “Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’na Göre Eser Dışında Koruma Konuları”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 52, Sayı 4, 2003, s. 365- 385.

Duman, İrmak, “Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’na Göre Fotoğraf ve Photoshop’un Eser Niteliği”, *Legal FSHD*, Cilt 12, Sayı 46, 2016, s. 551- 575.

Erel, Şafak, *Türk Fikir ve Sanat Hukuku*, 2. Baskı, İmaj Yayınevi, Ankara, 1998

Güneş, İlhami, “Bilimsel ve Edebi Eser Yazarlarının Manevi Hakları”, *Terazi Hukuk Dergisi*, Cilt 11, Sayı 117, 2016, s. 69- 72.

Güneş, İlhami, *Uygulamada Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku*, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.

Güneş, Ziyet Seldağ, “Fikir ve Sanat Eserleri Kanununda Resim ve Portreler”, *Sayıştay Dergisi*, Cilt 8, Sayı 24, 1997, s. 31- 36. (Resim)

Hirş, Ernest, *Fikri ve Sınai Haklar, Birinci Kitap*, Ankara Basımevi, 1948.

Işık, Egemen, “Bir Kişilik Değeri Olarak Kişinin Resmi”, *İstanbul Hukuk Mecmuası*, Cilt 78, Sayı 4, 2020, s. 1723- 1746.

İtişgen, Rezzan, “Kişi Görüntü ve Fotoğraflarının Basında İzinsiz Kullanımının AIHM ve Yargıtay İçtihatları Açısından Değerlendirilmesi”, *Terazi Hukuk Dergisi*, Cilt 11, Sayı 116, 2016, s. 24- 40.

Karasu, Rauf/ Suluk Cahit/ Nal Temel, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.

Karauz, Agah Kürşat, “Ebeveynlerin Sosyal Medya Aracılığıyla Çocuklarının Fotoğraflarını Paylaşmalarının Medeni Hukuk Kapsamında Değerlendirilmesi”, *KTO Karatay Üniversitesi Sempozyum Bildiri Kitapçığı*, Konya, 2018, s. 12.

Kılıçoğlu, Ahmet M., “Eser Sayılmayan Fikri Ürünler ve Eserin Adı ve Alametleri Üzerindeki Haklar”, *Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Sayı 8, 2013, s. 1585- 1636.

Öztrak, İlhan, *Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Haklar*, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları No. 312, Ankara, 1971.

Özcan, Mehmet, “Fotoğrafların Telif Hakları Kapsamında Değerlendirilmesi”, *Legal FSHD*, Sayı 5, 2006, s. 147-150.

Parlak Börü, Şafak, *Fotoğraf Üzerindeki Haklar*, 1. Baskı, Turhan Kitapevi, Ankara, 2013.

Tekinalp, Ünal, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 2. Baskı, Beta Yayınevi, Kırklareli, 2002.

Ulaş, Işıl, “İşlenme Eser Türü Olan Çeviri Eserde Kamuya Sunma Hakkı”, *BATİDER*, Cilt 24, Sayı 1, 2007, s. 65- 78.

Yarsuvat, Duygun, *Türk Hukukunda Eser Sahibi ve Hakları*, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul, 1977.