

Ankara Hacı Bayram
Veli Üniversitesi
Hukuk Fakültesi Dergisi



Ankara Hacı Bayram
Veli University
Faculty of Law Review

ISSN 2651 - 4141

E-ISSN 2667 - 4068

Cilt XXVIII, Temmuz 2024, Sayı 3

Vol. XXVIII, July 2024, No. 3

Ankara 2024

ANKARA HACI BAYRAM VELİ ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Ankara Hacı Bayram Veli University
Hukuk Fakültesi Dergisi Faculty of Law Review

Sahibi : Owner :

Prof. Dr. Mehmet Naci BOSTANCI Prof. Dr. Mehmet Naci BOSTANCI

Sorumlu Yazı İşleri Müdürü* : Editor in Chief **:

Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ

Editörler* : Editors:**

Prof. Dr. Mehmet ÖZDAMAR Prof. Dr. Mehmet ÖZDAMAR

Prof. Dr. Abdulkirim YILDIRIM Prof. Dr. Abdulkirim YILDIRIM

Doç. Dr. Neslihan GÖKTÜRK Assoc. Prof. Dr. Neslihan GÖKTÜRK

Doç. Dr. Mehmet Çelebi CAN Assoc. Prof. Dr. Mehmet Çelebi CAN

Dr. Öğr. Üyesi Kamile TÜRKÖĞLU ÜSTÜN Assist. Prof. Dr. Kamile TÜRKÖĞLU ÜSTÜN

Editör Yardımcıları: Deputy Editors:

Arş. Gör. Hanne ÖZGENÇ YILMAZ Res. Assist. Hanne ÖZGENÇ YILMAZ

Arş. Gör. Metin GÜZEŞ*** Res. Assist. Metin GÜZEŞ****

Arş. Gör. Elif ALKAN Res. Assist. Elif ALKAN

Arş. Gör. Nihan ÇITIR Res. Assist. Nihan ÇITIR

Arş. Gör. İrem Tuğçe DÖNGÜL SEVİNÇ Res. Assist. İrem Tuğçe DÖNGÜL SEVİNÇ

Yayın Kurulu* : Editorial Board :**

Prof. Dr. Mehmet ÖZDAMAR Prof. Dr. Mehmet ÖZDAMAR

Doç. Dr. Neslihan GÖKTÜRK Assoc. Prof. Dr. Neslihan GÖKTÜRK

Doç. Dr. Abdulkirim YILDIRIM Assoc. Prof. Dr. Abdulkirim YILDIRIM

Doç. Dr. Mehmet Çelebi CAN Assoc. Prof. Dr. Mehmet Çelebi CAN

Dr. Öğr. Üyesi Kamile TÜRKÖĞLU ÜSTÜN Assist. Prof. Dr. Kamile TÜRKÖĞLU ÜSTÜN

Arş. Gör. Hanne ÖZGENÇ YILMAZ Res. Assist. Hanne ÖZGENÇ YILMAZ

Arş. Gör. Metin GÜZEŞ Res. Assist. Metin GÜZEŞ

Arş. Gör. Elif ALKAN Res. Assist. Elif ALKAN

Arş. Gör. Nihan ÇITIR Res. Assist. Nihan ÇITIR

Arş. Gör. İrem Tuğçe DÖNGÜL SEVİNÇ Res. Assist. İrem Tuğçe DÖNGÜL SEVİNÇ

Bu dergi yılda dört defa yayınlanır. This journal is published four times a year.

Yayın Sekreteri / Secretary of Publication

Yüksel ERKAN

ISSN-2651-4141 E-ISSN 2667-4068

Tasarım - Dizgi: Kemal ERDOĞAN

* Yukarıda adları geçen editörler, editör yardımcıları ve yayın kurulu üyeleri halen Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde görev yapmaktadır.

** Editors, deputy editors and members of editorial board listed above currently work at Ankara Hacı Bayram Veli University Faculty of Law.

*** İlgili editör yardımcısı halen Tokat Gaziosmanpaşa Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde görev yapmaktadır.

**** This deputy editor currently work at Tokat Gaziosmanpaşa University Faculty of Law.

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Emniyet Mah. Muammer Bostancı Cad. No: 4
Beşevler/ANKARA, TÜRKİYE

TEL: +90 312 216 20 07 FAKS: +90 312 215 01 69 web: <http://www.hukuk.hacibayram.edu.tr> e-posta:
hukukdergi@hbv.edu.tr - dergihukuk2013@gmail.com

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1997 yılından itibaren yılda 2 sayı, 2011 yılından itibaren ise yılda 4 sayı olarak yayımlanmakta olan hakemli bir dergidir.

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 27.05.2010 tarihinden itibaren TÜBİTAK - ULAKBİM ve 22 Nisan 2020 tarihinden itibaren CiteFactor isimli uluslararası indeks tarafından taranmaktadır.



DANIŞMANLAR KURULU

Prof. Dr. Aydın GÜLAN	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Hayrettin ÇAĞLAR	Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Mahmut KOCA	İstanbul Şehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. S. Gül AKYILMAZ	Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Rıza AYHAN	Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Süha TANRIVER	Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Bahtiyar AKYILMAZ	Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. İhsan ERDOĞAN	Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. O. Berat GÜRZUMAR	İ. D. Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. M. Fadıl YILDIRIM	Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Yedigir İZMİRLİ	İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Yaşar SALİHPAŞAOĞLU	Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. İzzet ÖZGENÇ	Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. F. Bilge TANRIBİLİR	Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Ömer ANAYURT	Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Haluk Hadi SÜMER	Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. İbrahim ÖZBAY	Tokat Gaziosmanpaşa Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Muhittin ASTARLI	Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi

ETİK İLKELER VE YAYIN POLİTİKASI

Yayın Etiği

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi uluslararası yayın etiği standartlarına uygun bir şekilde faaliyet gösterir.

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi yayın süreçlerinde Yayın Etiği Komitesi (*Committee on Publication Ethics*, COPE), Açık Erişim Dergiler Rehberi (*Directory of Open Access Journals*, DOAJ) ve Açık Erişim Akademik Yayıncılar Birliği (*Open Access Scholarly Publishers Association*, OASPA) ve Dünya Tıp Editörleri Birliği (*World Association of Medical Editors*, WAME) tarafından yayınlanan yayın etiği standartlarını takip eder. COPE Yayın Etiği Kılavuzları, "Dergi Editörleri İçin Davranış Kuralları Ve En İyi Uygulama İlkeleri - *Code Of Conduct And Best Practice Guidelines For Journal Editors*" ile "*Bilimsel Yayıncılıkta Şeffaflık ve En İyi Uygulama İlkeleri-Principles of Transparency and Best Practice in Scholarly Publishing*" dergi editörler kurulu tarafından benimsenmiştir.-

Şeffaflık İlkesi

Dergi işleyişi şeffaftır ve önceden belirlenen usullere tabidir.

Dergi Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi tarafından çıkarılmakta olup Derginin ismi Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi olup kısaltması AHBVÜ-HFD'dir. 2018 yılındaki Kanun değişikliğinden önce dergi, hukuk fakültesinin eskiden bağlı bulunduğu Gazi Üniversitesi bünyesinde Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi adını taşımaktaydı. Bu bakımdan 1998-2018 yılları arasında bu isim adı altında yayınlanan makaleler de Dergiye ait olup internet sitesindeki arşivden erişilebilir.

Dergi yılda 4 kez Ocak, Nisan, Temmuz ve Ekim aylarının sonunda veya en geç sonraki ayın ilk haftası içinde yayınlanır. Sistem makale kabulü için her zaman açık tutulur. Makale kabul süreci Dergipark sistemi üzerinden, ilgili birim ve kişilerin her an bilgi alabileceği ve her aşamayı takip edebileceği şekilde yürütülür.

Yazarlar makalelerini Dergipark sistemi üzerinden dergiye yollarlar. Dergipark TÜBİTAK ULAKBİM çatısı altında, Türkiye'de yayınlanan akademik hakemli dergiler için elektronik ortamda barındırma ve editoryal süreç yönetimi hizmeti sunarak teknik destek sağlayan bir kuruluştur. DergiPark'a ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. <https://dergipark.org.tr/tr/pub/page/about>

Yazışmalar dahil olmak üzere Derginin bütün süreçleri Dergipark'ın yüksek güvenilirlikli ve sürekli güncellenen sistemi üzerinden gerçekleştirilir. Makale süreçleri, dosyalar ve yazışmalar Dergipark üzerinden arşivlendirilir.

Kural olarak yayın süreci tamamlanmış dergiler sonraki ilk sayıda yayınlanır. Ancak Editörler Kurulu, makale sayısı veya makale konularını dikkate alarak bazı makalelerin sonraki sayıda yayınlanmasına karar verebilir. Bu halde yazarlar bilgilendirilir.

Açık Erişim İlkesi ve Telif Hakkı

AHBVÜ-HFD **açık erişimli bir dergidir.** Yazarlar AHBVÜ-HFD dergisinde yayınlanan çalışmalarının telif hakkına sahiptirler ve çalışmaları Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası (CC BY-NC 4.0) olarak lisanslıdır. Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası (CC BY-NC 4.0) lisansı, eserin

ticari kullanımı dışında her boyut ve formatta paylaşılmasına, kopyalanmasına, çoğaltılmasına ve orijinal esere uygun şekilde atıfta bulunmak kaydıyla yeniden düzenleme, dönüştürme ve eserin üzerine inşa etme dâhil uyarlanmasına izin verir. Bkz. <https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/legalcode.tr>

Araştırma Etiği

Dergi, uluslararası araştırma etiği ilkelerini benimser.

Yazarların Sorumluluğu

Gönderilen makaleler derginin amaç ve kapsamına uygun olmalıdır.

Makalelerin bilimsel ve etik kurallara uygunluğu yazarların sorumluluğundadır. İntihal, duplikasyon, sahte yazarlık/inkâr edilen yazarlık, araştırma/veri fabrikasyonu, makale dilimleme, dilimleyerek yayın, telif hakları ihlali ve çıkar çatışmasının gizlenmesi, etik dışı davranışlar olarak kabul edilir. Kabul edilen etik standartlara uygun olmayan tüm makaleler yayından çıkarılır.

Yazar makalenin orijinal olduğu, daha önce başka bir yerde yayınlanmadığı ve başka bir yerde, başka bir dilde yayınlanmak üzere değerlendirmede olmadığını ıslak imzalı matbu etik beyan formunu sisteme yükler.

Telifle bağlı materyaller (örneğin tablolar, şekiller veya büyük alıntılar) gerekli izin ve teşekkürle kullanılır. Başka yazarların, katkıda bulunanların çalışmaları ya da yararlanılan kaynaklar uygun biçimde kullanılır ve referanslarda belirtilir.

Çalışmanın oluşturulmasında içeriğe akademik ve bilimsel olarak doğrudan katkı sağlamayan kişiler, yazar olarak belirtilmez. Yazarların isim sıralaması yazarların ortak kararını yansıtır. Tüm yazarlar yazar sıralamasını Telif Hakkı Devir Formunda imzalı olarak belirtmek zorundadırlar. Çeviri eserlerde yazardan ya da yayın hakkına sahip kişi ve kurumdan yazılı yayın izni alınır ve bu izin belgesi, başvuru evrakına eklenir.

Yazarlık için yeterli ölçütleri karşılamayan ancak çalışmaya katkısı olan tüm bireyler (teknik destek sağlayan, yazıma yardımcı olan ya da sadece genel bir destek sağlayan, finansal ve materyal desteği sunan kişiler) “teşekkür / bilgiler” kısmında sıralanır.

Yazarlar, araştırmanın sonuçlarını ya da bilimsel değerlendirmeyi etkileyebilme potansiyeli olan finansal ilişkileri, çıkar çatışması ve çıkar rekabetini beyan eder.

Bir yazar kendi yayınlanmış yazısında belirgin bir hata ya da yanlışlık tespit ederse, bu yanlışlıklara ilişkin düzeltme ya da geri çekme için editör ile hemen temasa geçme ve işbirliği yapma sorumluluğunu taşır.

Yazarlar kullanılan verilerin kullanım haklarına, araştırma/analizlerle ilgili gerekli izinlere sahip olduklarını veya deney yapılan deneklerin rızasının alındığını gösteren belgeye sahip olmalıdır.

Yazarlar yayınlanmış, erken görünüm veya değerlendirme aşamasındaki çalışmasıyla ilgili bir yanlış ya da hatayı fark etmesi durumunda, dergi editörünü veya yayıncıyı bilgilendirme, düzeltme veya geri çekme işlemlerinde editörle işbirliği yapar.

Yazarlar çalışmalarını aynı anda birden fazla derginin başvuru sürecinde bulunduramaz. Her bir başvuru önceki başvurunun tamamlanmasını takiben

başlatılabilir.

Değerlendirme süreci başlamış bir çalışmanın yazar sorumluluklarının değiştirilmesi (Yazar ekleme, yazar sırası değiştirme, yazar çıkartma gibi) teklif edilemez.

Yazar ismini ve ORCID numarası ile kurum bilgilerini açık, doğru ve eksiksiz olarak makaleyle beraber yolladığı dergi kapak sayfasına yazar. Üniversite ve Fakülte/Müdürlük adreslerinden sonra şehir ve ülke bilgisi de yer alır.

Editörler ve Editör Yardımcılarının Sorumlulukları

Editör, makalenin dergiye ulaşmasından yayımlanmasına kadar bütün yayın ve hakemlik sürecini yöneten ve derginin kalitesinden ve performansından sorumlu olan kişidir. Editör, Hukuk Fakültesi Dekanı tarafından, en az doktor unvanına sahip Üniversite öğretim elemanları arasından üç yıl süre için görevlendirilir. Editörlerden biri baş editördür.

Baş editör; editörler ve editör yardımcıları arasındaki uyum ve koordinasyon ile yayının toplam kalitesinden sorumludur. Kural olarak editörler uzmanlık alanlarıyla ilişkili makalelerle ilgilenirler.

Editörler, makaleleri, yazarların etnik kökeninden, cinsiyetinden, uyruğundan, dini inancından ve siyasi felsefesinden bağımsız olarak değerlendirir.

Her makalenin Dergipark sistemi üzerinden yazarlarca da görünen bir editörü ve editör yardımcısı bulunur. Konuya ilişkin görev dağılımı editörlerin ve editör yardımcılarının uzmanlık alanına göre yapılır ve bu dağılım önceden belirlidir. İş yükü ve izinli olma gibi sebeplerle bu kuralın dışında bir dağılım yapılması mümkündür.

Editörler dergiye gönderilen makaleleri kalite, içerik ve alana katkı açısından genel olarak değerlendirir ve makalenin yayın sürecine girip girmemesine karar verirler. Bu aşamada makale sürece sokulmaksızın reddedilebilir.

Editör yardımcıları görevli oldukları makalelerde makale dosyalarının tam ve eksiksiz olup olmadığını ve makalelerin dergi yazım kurallarına uygunluğunu denetler; yazarların gerekli düzenlemeleri yapmasını sağlarlar.

Editör yardımcıları, her makaleyi bizzat Turnitin intihal programına sokarak intihal raporu alırlar. İçerik ve şekil açısından sorunlu hususları alan editörüne bildirirler.

Editör yardımcıları ön inceleme süreci tamamlanan makaleleri, hakem atamalarının yapılması için ilgili alan editörüne yönlendirirler.

Editör yardımcıları yazarlarla iletişim kurar ve editörlere gerekli bilgilendirme ve hatırlatmaları yaparak sürecin hızlı ilerlemesini sağlarlar.

Makaleler editörler tarafından adil bir şekilde çift taraflı kör hakem değerlendirmesine yollanır. Editörler; yazarlar, editörler ve hakemler arasında çıkar çatışmasına izin vermezler. Editörler hakem incelemesinin makul sürede tamamlanmaması halinde hakemle iletişim kurarak sürecin hızlandırılmasını talep edebilir veya yeni bir hakem ataması gerçekleştirebilirler.

Editörler atadıkları hakemlerin içerik, hız ve üslup açısından performanslarını takip ederler.

Hakem incelemesi sonucunda editörler, hakem raporlarını değerlendirir. Editörler

Kurulu toplanarak makalenin kabulüne, üçüncü bir hakeme gönderilmesine veya reddedilmesine karar verirler. Red kararının gerekçesi ve hakem raporları yazara gönderilir.

Bu süreçte gönderilen makalelere ilişkin tüm bilgiler, makale yayınlanana kadar gizli tutulur.

Baş editör, yazarın bilgisi dahilinde gereğinde hata sayfası yayımlayabilir ya da düzeltme yapabilir.

Hakemlerin Sorumlulukları

Bilimsel araştırma makaleleri için iki, çeviri makaleleri ise bir hakem alan editörleri tarafından atanır. Hakemler, araştırma, yazarlar ve/veya araştırmaya fon sağlayanlarla çıkar çatışması bulunmaması esastır.

Hakemler çalışmanın konusuna uygun olarak belirlenir. Hakemlerin makale konusu alanda çalışmalarının bulunması veya ilgili alanda yetkin olması esastır. Genel kural, hakemle ile yazarın farklı kurumlara mensup olmasıdır.

Yazarların akademisyen olması durumunda, hakemler mümkünse bir üst unvana sahip akademisyenler arasından seçilir. (Örneğin. doktor öğretim üyesinin makalesi doçent ya da profesör ünvanlı akademisyenlere gönderilir.)

Kör hakemlik bağlamında hakemlerin kimlik bilgileri gizli tutulur.

Hakemlerin kendilerine Dergipark üzerinden e-posta yoluyla gönderilen makale özetinin ekli olduğu davete 10 gün içinde cevap vermeleri esastır. Bu süre gerekirse iki kere daha 5 gün olarak uzatılır. Hakem daveti süresi içinde kabul etmez veya reddederse alan editörü sistem üzerinden daveti iptal ederek; başka bir kişiye hakemlik daveti yollayabilir.

Daveti kabul eden hakem Dergipark hesabı üzerinden makale dosyasına ve hakem değerlendirme formuna erişebilir.

Hakem, makale konusu hakkında kendini yetkin görmüyor ya da zamanında geri dönüş sağlaması mümkün görünmüyorsa, editöre bu durumu bildirmeli ve hakem sürecinin iptal edilmesini talep etmelidir.

Hakemler, hakem değerlendirme formunu gerçeğe uygun bir şekilde doldurmak ve bilimsel değerlendirmede bulunmakla yükümlüdür.

Makalelerin en az iki hakem tarafından yayına uygun bulunması gerekmektedir. Hakemler makalede minör ya da majör revizyon yapılmasını talep edebilirler. Bu halde yazardan hakem görüşleri doğrultusunda makalesini düzenlemesi istenir. Minör revizyon halinde düzenlenmiş makale ilgili editör yardımcısı tarafından kontrol edilir. Majör revizyon halinde makale aynı hakeme yeniden gönderilerek düzenlenmiş halinin yayına uygunluğuna karar vermesi talep edilir.

Hakemlerin ikisinin de yayına uygun görmedikleri makaleler yayınlanmaz. Hakemlerden birinin makaleyi yayına uygun görmemesi halinde diğer hakemin makaleye ilişkin yorumları göz önünde bulundurularak makale, editörler kurulu tarafından reddedilebilir veya üçüncü bir hakeme gönderilebilir. Üçüncü hakemin görüşleri doğrultusunda makalenin yayına uygun olup olmadığına alan editörü karar verir.

Hakemler ve yayın kurulu üyeleri başka kişilerle makaleleri tartışamazlar.

Hakemler, gönderilmiş yazılara ilişkin tüm bilgileri gizli tutarlar. Yazar tarafından herhangi bir telif hakkı ihlali ve intihal fark ederlerse durum editöre raporlanmalıdır.

Hakemler zamanında dönüş ve performans gibi ölçütlerle değerlendirilir. Nezaketsiz ve bilimsel olmayan değerlendirmeler engellenir.

Yazarlar ile İlişkiler

Editörlerin yazarlara karşı görev ve sorumlulukları aşağıdaki şekildedir:

Editörler, gelen makaleleri öncelikle çalışmaların önemi, özgün değeri, geçerliliği, anlatımın açıklığı ve derginin amaç ve hedeflerini dikkate alarak makalelerin yayın sürecine girmesine veya reddedilmesine karar verirler. Makalenin reddi halinde gerekçesi yazara bildirilir.

Makalenin olumsuz hakem raporları nedeniyle reddedilmesi halinde ilgili hakem raporları ve gerekçe Dergipark sistemi üzerinden yazarla paylaşılır.

Yazarlar editörler ve editör yardımcılarıyla Dergipark sistemi üzerinden her zaman iletişim kurabilir. Yazarların sorularını cevaplar; görüş veya şikayetlerini dikkate alır. Dergipark sistemi üzerindeki yazışmalar arşivde saklanır.

Editörler Kurulu

Editörler ve editör yardımcılarından oluşan editörler kurulu, yayın süreçlerinin işleyişinin yayın ilke ve kurallarına uygun ilerlemesini sağlamak için sürekli iletişim ve işbirliği içindedir. Düzenli olarak toplanır ve dergi yayın politikasına ilişkin kararları kolektif bir şekilde alırlar.

Editörler kurulunun oluşumunda cinsiyetlerin eşit temsili esastır.

Danışma Kurulu

Türk ve yabancı hocalardan oluşan ve farklı kurumlarda görev yapmakta olan danışma kurulu, derginin işleyişini takip ederek görüş ve önerilerde bulunur; uzmanlık alanlarına göre makalelerin akademik yeterliliğine ilişkin olarak editörler kurulu tarafından kendilerine danışılır.

İntihal Kontrolü

Ön inceleme aşamasında makaleler Turnitin intihal tarama programında taranır. Azami %15 benzerlik oranına (bibliyografik materyaller, alıntılar ve %2 oranındaki küçük kaynaklar hariç tutulmak kaydıyla) sahip olan makaleler hakkında sürece devam edilebilir. İntihal/kendi kendine intihal tespit edilirse yazarlar bilgilendirilir.

Yazım Kuralları ve Şekil Şartları

Genişletilmiş Özet

Türkçe yazılan makalelerin uluslararası çevrelerde görünürlüğünü ve atıf oranını arttırmak amacıyla, hakem incelemesi olumlu sonuçlanan araştırma makaleleri için 800-1000 kelimelik İngilizce genişletilmiş özet (*extended abstract*) hazırlanmalıdır. Burada makalenin amacı, hipotezi ve sonuçları kapsamlı bir şekilde özetlenmelidir. İngilizce yazım ve dil bilgisi kurallarına özen gösterilmelidir. Genişletilmiş özete diğer özetlerden sonra yer verilmelidir.

• Yazı Tipi, Boyutu, Satır Aralığı ve Paragrafların Yazımı:

- Akademik çalışma, “*Microsoft Word*” programında hazırlanmalıdır.
- Akademik çalışmanın ana metninin yazımında aşağıdaki kurallara uyulmalıdır:
 - Times New Roman yazı karakterinde,
 - 12 punto harf boyutunda,
 - Soldan ve sağdan bloklanmış (iki yana yaslı) şekilde,
 - 1,5 satır aralığı ile yazılmalıdır.
 - Paragrafların ve başlıkların yazımında önce ve sonra 6 nk paragraf aralığı kullanılmalıdır.
 - Paragrafların ilk satırı 1,25 cm içeriden başlamalıdır.
- Çalışmadaki atıflar metnin altında; bir başka deyişle, dipnotlarda yapılmalıdır.
- Dipnotların yazımında aşağıdaki kurallara uyulmalıdır:
 - Times New Roman yazı karakterinde,
 - 10 punto harf boyutunda,
 - Soldan ve sağdan bloklanmış (iki yana yaslı) şekilde,
 - Tek satır aralığı ile yazılmalıdır.
 - Paragrafların yazımından önce ve sonra 0 nk paragraf aralığı kullanılmalıdır.

• Bölüm Başlıkları:

- Bütün bölüm başlıklarının yazımında aşağıdaki kurallara uyulmalıdır:
 - Times New Roman yazı karakterinde,
 - 12 punto harf boyutunda,
 - Kalın,
 - Paragrafın ilk satırının başlangıcı (1,25 cm içeriden) esas alınarak sola hizalanmış şekilde yazılmalıdır.
 - Birinci derece bölüm başlıkları bütün harfler büyük;
 - İkinci ve üçüncü derece bölüm başlıkları her sözcüğün ilk harfi büyük,
 - Dördüncü derece ve diğer bölüm başlıkları sadece ilk sözcüğün ilk harfi büyük ve diğerleri küçük olacak şekilde yazılmalıdır.
- Birinci derece bölüm başlıkları büyük Roma rakamlarıyla (I, II, III, IV, V vd.);
- İkinci derece bölüm başlıkları Türk alfabesinde (Latin alfabesinde) bulunan büyük harflerle (A, B, C, Ç, D vd.);

- Üçüncü derece bölüm başlıkları Arap rakamlarıyla (1, 2, 3, 4, 5 vd.);
- Dördüncü derece bölüm başlıkları Türk alfabesinde (Latin alfabesinde) bulunan küçük harflerle (a, b, c, ç, d vd.);
- Beşinci derece bölüm başlıkları parantez içine alınmış Arap rakamlarıyla [(1), (2), (3), (4), (5) vd.] numaralandırılmalıdır.
- Diğer bölüm başlıklarının nasıl numaralandırılacağı isteğe bağlıdır.
- “SONUÇ” ve (varsa) “GİRİŞ” isimli başlıklar ise;
 - Times New Roman yazı karakterinde,
 - 12 punto harf boyutunda,
 - Kalın,
 - Bütün harfler büyük,
 - Paragrafın ilk satırının başlangıcı (1,25 cm içeriden) esas alınarak sola hizalanmış şekilde yazılmalıdır.
 - Bu başlıklar numaralandırılmamalıdır.

Örnek:

GİRİŞ

I. AYNİ İKAME İLKESİ

II. PAYLAŞMALI MAL AYRILIĞI REJİMİNDE AYNİ İKAME İLKESİ UYGULAMASI

A. Paylaşmalı Mal Ayrılığı Rejimi

1. Genel Olarak

2. Paylaşmalı Mal Ayrılığı Rejiminin Başlaması

3. Paylaşmalı Mal Ayrılığı Rejiminde Eşlerin Hakları ve Sorumlulukları

a. Eşlerin hakları

b. Eşlerin borçları

B. Paylaşmalı Mal Ayrılığı Rejiminde Malvarlığı Masaları ve Ayni İkame İlkesi Uygulaması

1. Genel Olarak

2. Eşlerin Kişisel Malları

3. Aileye Özgülenen Mallar

a. Ailenin ortak kullanımına ve yararlanmasına özgülenmiş mallar

b. Ailenin ekonomik geleceğini güvence altına almaya yönelik yatırımlar

c. Aileye özgülenen malların yerine geçen değerler ve ayni ikame uygulaması

(1) Edinilmiş mallara katılma rejiminde “yerine geçen değerler” kavramının ve ayni ikame ilkesi uygulamasının incelenmesi

(2) Aileye özgülenen mallar kapsamında ayni ikame ilkesi uygulaması

SONUÇ

• Sözcük Sayısı:

- Dergiye gönderilen akademik çalışmaların metin kısmının 15.000 kelimeyi geçmemesi gerekir.
- Özetler ve kaynakça, metin kısmı için öngörülen kelime sınırına dahil değildir.

• Akademik Çalışmalarda Kullanılacak Dil:

- Dergimize Türkçe, İngilizce ve Almanca dillerinde yazılmış akademik çalışmalar kabul edilmektedir. Ancak, Dergimizde Yayın Kurulu'nca

uygun görülecek diğer yabancı dillerde hazırlanmış akademik çalışmaların yayımlanması da mümkündür. Akademik çalışmaların yazımında Latin alfabesi kullanılmalıdır.

• **Başlık, Özet ve Anahtar Kelimeler:**

- Akademik çalışmanın ana başlığının yazımında aşağıdaki kurallara uyulmalıdır:
 - Times New Roman yazı karakterinde,
 - 12 punto harf boyutunda,
 - Kalın,
 - Tümü büyük harflerle,
 - 1,5 satır aralığı ile,
 - Metne ortalanmış (ortalı) bir şekilde yazılmalıdır.
 - Başlığın yazımından sonra 6 nk paragraf aralığı kullanılmalıdır.
- Akademik çalışma metninden önce, akademik çalışmanın yazıldığı dilde yazılmış, en az 100 en çok 200 kelimeden oluşan özet ve beş tane anahtar kelime eklenmelidir.
- Özet ve Anahtar Kelimelerin yazımında aşağıdaki kurallara uyulmalıdır:
 - Times New Roman yazı karakterinde,
 - 12 punto harf boyutunda,
 - İtalik,
 - Soldan ve sağdan bloklanmış (iki yana yaslı) şekilde,
 - Tek satır aralığı ile yazılmalıdır.
 - Özeti ve anahtar kelimelerin yazımında, sonra 6 nk paragraf aralığı kullanılmalıdır.
 - Paragrafların ilk satırı içeriden başlamamalıdır.
 - Ayrıca, “ÖZET” ve “Anahtar Kelimeler” başlıkları kalın olarak yazılmalıdır.
- Türkçe dilinde yazılmış olan akademik çalışmalarda, akademik çalışmanın yazıldığı dilde yazılmış olan özet ve anahtar kelimelerden sonra; çalışmanın ana başlığının, özeti ve anahtar kelimelerin İngilizce tercümelemeleri bulunmalıdır.
- Çalışmanın ana başlığının İngilizce tercümesinin yazımında aşağıdaki kurallara uyulmalıdır:
 - Times New Roman yazı karakterinde,
 - 12 punto harf boyutunda,
 - Kalın,
 - Tümü büyük harflerle,
 - 1,5 satır aralığı ile,
 - Metne ortalanmış (ortalı) bir şekilde yazılmalıdır.
 - Başlığın yazımından sonra 6 nk paragraf aralığı kullanılmalıdır.
- Özeti ve Anahtar Kelimelerin İngilizce tercümesinin yazımında aşağıdaki kurallara uyulmalıdır:
 - Times New Roman yazı karakterinde,
 - 12 punto harf boyutunda,
 - İtalik,

- Soldan ve sağdan bloklanmış (iki yana yaslı) şekilde,
- Tek satır aralığı ile yazılmalıdır.
- Özetin ve anahtar kelimelerin yazımında, sonra 6 nk paragraf aralığı kullanılmalıdır.
- Paragrafların ilk satırı içeriden başlamamalıdır.
- Ayrıca, “ABSTRACT” ve “Keywords” başlıkları kalın olarak yazılmalıdır.
- Yazar, isterse akademik çalışmaya İngilizce başlık, özet ve anahtar kelimelere ek olarak Almanca başlık, özet ve anahtar kelimeler de ekleyebilir.
- İngilizce dilinde yazılmış olan akademik çalışmalarda, akademik çalışmanın yazıldığı dilde yazılmış olan özet ve anahtar kelimelerden sonra; çalışmanın ana başlığının, özetin ve anahtar kelimelerin Türkçe tercümelemleri bulunmalıdır.
- Çalışmanın ana başlığının Türkçe tercümesinin yazımında aşağıdaki kurallara uyulmalıdır:
 - Times New Roman yazı karakterinde,
 - 12 punto harf boyutunda,
 - Kalın,
 - Tümü büyük harflerle,
 - 1,5 satır aralığı ile,
 - Metne ortalanmış (ortalı) bir şekilde yazılmalıdır.
 - Başlığın yazımından sonra 6 nk paragraf aralığı kullanılmalıdır.
- Özetin ve Anahtar Kelimelerin Türkçe tercümesinin yazımında aşağıdaki kurallara uyulmalıdır:
 - Times New Roman yazı karakterinde,
 - 12 punto harf boyutunda,
 - İtalik,
 - Soldan ve sağdan bloklanmış (iki yana yaslı) şekilde,
 - Tek satır aralığı ile yazılmalıdır.
 - Özetin ve anahtar kelimelerin yazımında, sonra 6 nk paragraf aralığı kullanılmalıdır.
 - Paragrafların ilk satırı içeriden başlamamalıdır.
 - Ayrıca, “ÖZET” ve “Anahtar Kelimeler” başlıkları kalın olarak yazılmalıdır.
- Yazar, isterse akademik çalışmaya Türkçe başlık, özet ve anahtar kelimelere ek olarak Almanca başlık, özet ve anahtar kelimeler de ekleyebilir.
- Almanca dilinde ve Yayın Kurulu'nca uygun görülecek diğer yabancı dillerde hazırlanmış akademik çalışmalarda yazılmış olan akademik çalışmalarda, akademik çalışmanın yazıldığı dilde yazılmış olan özet ve anahtar kelimelerden sonra; çalışmanın ana başlığının, özetin ve anahtar kelimelerin Türkçe ve İngilizce tercümelemleri bulunmalıdır.
- Çalışmanın ana başlığının Türkçe ve İngilizce tercümelemlerinin yazımında aşağıdaki kurallara uyulmalıdır:
 - Times New Roman yazı karakterinde,

- 12 punto harf boyutunda,
- Kalın,
- Tümü büyük harflerle,
- 1,5 satır aralığı ile,
- Metne ortalanmış (ortalı) bir şekilde yazılmalıdır.
- Başlığın yazımından sonra 6 nk paragraf aralığı kullanılmalıdır.
- Özetin ve Anahtar Kelimelerin Türkçe ve İngilizce tercümelerinin yazımında aşağıdaki kurallara uyulmalıdır:
 - Times New Roman yazı karakterinde,
 - 12 punto harf boyutunda,
 - İtalik,
 - Soldan ve sağdan bloklanmış (iki yana yaslı) şekilde,
 - Tek satır aralığı ile yazılmalıdır.
 - Özetin ve anahtar kelimelerin yazımında, sonra 6 nk paragraf aralığı kullanılmalıdır.
 - Paragrafların ilk satırı içeriden başlamamalıdır.
 - Ayrıca, “ÖZET” ve “Anahtar Kelimeler” başlıkları kalın olarak yazılmalıdır.

• **Atıf Kuralları:**

- Yararlanılan kaynaklara ilişkin atıflar, her bir sayfa sonunda, dipnot olarak gösterilmelidir.
- **Yararlanılan kaynaklara yapılan ilk atıflar, dipnotlarda aşağıdaki şekillerde gösterilmelidir.** Aşağıda detayları belirtilen atıf usulünde kural bulunmayan durumlarda OSCALA (The Oxford University Standard for Citation of Legal Authorities) sistemi takip edilmelidir.

Kitaplar:

Ad Soyad, *Kitap Adı*, Kaçınıcı Bası Olduğu, Yayınevi, Yılı, Atıf Yapılan Sayfa.
 Örnek: Rıza Ayhan, *Ticari İşletme Hukuku*, 2. Bası, Turhan Kitabevi, 2007, s. 89.

Kitap bölümleri:

Ad Soyad, “Eser (Bölüm) Adı”, Editörün(Editörlerin) Adı Soyadı (Ed.), *Kitap Adı*, Yayınevi, Yıl, Atıf Yapılan Sayfa.
 Örnek: Hayrettin Çağlar, “Anonim Şirketlerde Pay Sahibinin Şirketle Borç İlişkisi”, Erol Ulusoy (Ed.), *Anonim Şirketlerde Bireysel ve Azınlık Pay Sahibi Hakları*, Bilge Yayınevi, 2016, s. 143.

Makaleler:

Ad Soyad, “Makale Adı”, *Dergi Adı*, Cilt (Sayı), Yıl, Atıf Yapılan Sayfa.
 Örnek: Cumhuriyet Şahin, “Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kararına İtirazda İncelemenin Kapsamı”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan, 19(2), 2013, s. 293.

İnternet ortamında bulunan kaynaklar:

Örnek: Abdülkerim Yıldırım, “Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarında Kiracının Güvence Vermesi”, *AÜHFD*, 64(1), 2015, <<https://dergipark.org.tr/tr/pub/auhfd/issue/42392/510636>>, Erişim Tarihi 15 Aralık 2020, s. 238.

- **Eğer aynı kaynağa tekrar atıf yapıyorsa bu atıflar ise dipnotlarda şu şekilde gösterilmelidir:**

- Bir yazarın tek eserine yapılacak atıflarda:

Yazarın Soyadı, Sayfa Numarası.

Örnek: Ayhan, s. 90.

- Aynı yazarın birden fazla eserine yapılacak atıflarda, eserlerin adı, yazarın diğer çalışmalarından ayırt edilmesini sağlayacak şekilde kısaltılmalıdır:

Örnek: Ayhan, Ticari İşletme, s. 213.

Ayhan, *Kâr Payı*, s. 100.

- **Yararlanılan kaynakların her birisinin bu atıf usullerine uygunluğu tek tek kontrol edilmelidir.**
- **Kaynakça**

- Akademik çalışmanın sonunda, akademik çalışmada yararlanılan kaynakların listelendiği “KAYNAKÇA” yer almalıdır.
- “KAYNAKÇA”, metnin bitiminden bir sonraki sayfada yer almalıdır.
- Kaynakça, yazarların soy ismine göre alfabetik olarak sıralanmalıdır.
- Her bir kaynak;
 - Times New Roman karakteri kullanılarak,
 - 12 punto harf boyutunda,
 - Tek satır aralığıyla,
 - Soldan ve sağdan bloklanmış (iki yana yaslı) olarak,
 - İlk satır asılı şekilde yazılmalıdır.
- Kaynakçada, metin içerisinde atıf yapılan mevzuat veya mahkeme kararlarının yer alması zorunlu değildir.
- Kaynakçada öncelikle yazarın soyadına, daha sonra adının ilk harfine yer verilir ve ayrıca, makalelerin ve kitap bölümlerinin sayfa aralığı gösterilir.
Örnek: Ayhan R, *Ticari İşletme Hukuku*, 2. Bası, Turhan Kitabevi 2007.
Örnek: Yıldırım A, “Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarında Kiracının Güvence Vermesi”, *AÜHFD*, 64(1), 2015, <<https://dergipark.org.tr/tr/pub/auhfd/issue/42392/510636>>, Erişim Tarihi 15 Aralık 2020, s. 237-266.

• **Dergimiz yazım ve şekil şartlarına uygun şekilde düzenlenmeden gönderilen akademik çalışmalar, yazım ve dil editörlerinin kararıyla reddedilir veya düzeltilmesi istenir.**

• **Dergiye akademik çalışma gönderimi ve süreç hakkında ayrıntılı bilgi için lütfen “Etik İlkeler ve Yayın Politikası”nı inceleyiniz.**

• **Yazar veya yazarların bilgileri, “Kapak” formuna girilmelidir. Yazardan gelen dosya doğrudan hakeme yönlendirileceği için makalenin asıl metninde yazar bilgisi yer almamalıdır.**

• **Ayrıca, akademik çalışmalarla birlikte “Kapak” formunun yanı sıra “Etik Beyan Formu” ile “Telif Hakkı Devir Formu”nun da doldurularak sisteme yüklenmesi gerekmektedir. Aksi takdirde süreç devam etmeyecektir.**

ETHICAL PRINCIPLES AND PUBLICATION POLICY

Publication Ethics

AHBVU-LFR operates in accordance with international publication ethics standards. In the publication processes, AHBVU-LFR follows the publication ethics standards published by the **Committee on Publication Ethics (COPE)**, the **Directory of Open Access Journals (DOAJ)** and the **Open Access Scholarly Publishers Association (OASPA)** and the **World Association of Medical Editors (WAME)**. COPE Publication Ethics Guides, “Code of Conduct And Best Practice Guidelines For Journal Editors” and “Principles of Transparency and Best Practice in Scholarly Publishing” are adopted by the journal editorial board.

Transparency

The publication process of the journal is transparent and subject to predetermined procedures.

The journal is published by the AHBVU Faculty of Law. The name of the journal is Ankara Hacı Bayram Veli University Faculty of Law Review, and its abbreviation is AHBVU-FLR. Before the change in the Law in 2018, the journal was named as Gazi University Faculty of Law Review within the public body of Gazi University, to which the Law Faculty used to be affiliated. In this respect, the articles published under this name between 1998-2018 also belong to the Journal and can be accessed from the archive on the website.

The journal is published four times a year at the end of **January, April, July** and **October**. Authors submit their articles through **Dergipark** system. The system is always kept open for article submission. The article submission process operates through Dergipark System transparently. Writers are informed of every step of the publication process automatically.

Dergipark is a platform that provides technical support, electronic hosting and editorial workflow management system for high quality academic journals, published in Turkey under the umbrella of TÜBİTAK ULAKBİM. For detailed information about DergiPark, see <https://dergipark.org.tr/en/pub/page/about>

All the workflow of the Journal, including correspondence, are carried out through Dergipark’s highly secure and constantly updated system. Article processes, files and correspondence are archived through Dergipark.

As a rule, articles whose editorial process has been completed and accepted are published in the next issue. However, the Editorial Board may decide to publish some articles in the next issue, considering the number of articles. In this case, the authors are informed.

For acceptance rates and processing times, please see the statistics on the journal homepage.

Open Access Statement

AHBVU-FLR is an open access journal. It does not charge any subscription fees for any library or reader. Except for commercial purposes, users are allowed to read, download, copy, print, search, or link to the full texts of the articles in this journal without asking prior permission from the publisher or the author.

The authors own the copyright to their work published in the journal AHBVÜ-FLR and their work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International (CC BY-NC 4.0). The Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International (CC BY-NC 4.0) license permits the work to be shared, copied, reproduced, and adapted in any size and format other than for commercial use, including re-editing, transforming, and building upon the original work, with proper attribution.

In addition, the issues published electronically are printed in a certain number and these are sent to the national libraries and people who contributed to the journal. Printing and distribution expenses are covered by the affiliated university.

Research Ethics

The journal adopts the principles of international research ethics.

Author's Responsibilities

Submitted articles must be in accordance with the purpose and scope of the journal.

It is authors' responsibility to ensure that the article is in accordance with scientific and ethical standards and rules. Plagiarism, duplication, fraud authorship/denied authorship, research/data fabrication, salami slicing/salami publication, breaching of copyrights, prevailing conflict of interest are considered unethical behaviors. The articles that do not comply with the mentioned ethical standards are rejected.

The author uploads a signed **ethical declaration form** (that is provided by the system) to the system that the article submitted is original, has not been published elsewhere, and is not under consideration for publication elsewhere.

Copyrighted material (for example, tables, figures, or large quotations) is used with appropriate permission and acknowledgement. Any work or words of other authors, contributors, or sources must be appropriately credited and referenced.

Persons who do not directly contribute to the content academically and scientifically in the creation of the study are not specified as authors. The order of names in the author list of an article must be a collective decision and it must be indicated in the **Copyright Agreement Form** (that is provided by the system). Written publication permission is obtained from the author or the person or institution that has the right to publish in translated works, and this permission document is attached to the application documents.

The individuals who do not meet the authorship criteria but contributed to the study (providing technical support, assisting writing, providing a general support, providing material or financial support) are indicated in acknowledgement / information section.

All authors disclose all issues concerning financial relationship, conflict of interest, and competing interest that may potentially influence the results of the research or scientific judgment.

In the situation of an author discovering a significant error or inaccuracy in his/her own published paper, it is the author's obligation to promptly cooperate with the Editor to provide retractions or corrections of mistakes.

Authors must have a document showing that they have the right to use the data used, the necessary permissions for the research/analysis, and that the consent of the

experimental subjects has been obtained.

Authors cannot submit more than one article at the same time. Each application can be started following the completion of the previous application.

It is not possible to offer a change the author responsibilities of a work whose evaluation process has started (such as adding an author, changing the author order, removing an author).

The author writes his/her name, ORCID number and institution information clearly, accurately on the **Journal Cover Page** that is provided by the system at the submission stage. Besides the University and Faculty/Directorate addresses; the city and country information should be also included.

Responsibility of the Editors and Deputy Editors

The editor is the person who manages the entire publication and peer review process from the time the article is submitted to the journal until its publication.

Editor is responsible for the quality and performance of the journal. Editor is appointed by the Dean of the Faculty of Law for a period of three years from among university faculty members holding at least a doctorate. Editor in Chief is head of the editors.

Editor in Chief is responsible for the harmony and coordination between the editors and deputy editors and is also responsible of the overall quality of the publication. As a rule, editors deal with articles related to their area of expertise.

Editors evaluate articles regardless of the authors' ethnicity, gender, nationality, religious beliefs, and political view.

Each article has an appointed editor and deputy editor, which can also be seen by the authors on Dergipark. The distribution of duties on the subject is made according to the expertise of the editors and deputy editors, and this distribution is predetermined.

Editors evaluate submitted articles in terms of quality, content and contribution to the field and decide whether the article should be put in the publication process. At this stage, the article can be rejected without being put into the process.

Deputy Editors check whether the article files are complete and that the articles comply with the journal writing rules and allow the authors to make the necessary edits.

Deputy editors receive a plagiarism report by submitting each article to the **Turnitin plagiarism program**.

Articles that's preliminary review process has been completed are directed to the relevant editor for the appointment of the referees.

Deputy Editors communicates with authors and speed up the process by informing and reminding the editors about the necessary information.

Articles are sent for fair, double-blind peer-review by the editors. Editors do not allow any conflict of interest between authors, editors and referees. If the peer review is not completed in a reasonable time, the editors can contact the referee to request an expedite or appoint a new referee.

Editors monitor the performance of the appointed referees in terms of content, speed and style.

At the end of the peer review, editors evaluate the referee reports. The Board of Editors convenes and decides to accept the article, send it to a third referee or reject it. The

grounds of refusal and the referee reports are sent to the author.

All information regarding the articles is kept confidential until the publication.

Editor in Chief may publish an error page or make corrections, if necessary.

Responsibilities of the Reviewers

Two reviewers for scientific research articles and one reviewer for translation articles are appointed by the field editors. It is essential that reviewers have no conflict of interest with the authors and/or the funders of the research.

Reviewers are determined in accordance with the subject of the study. It is essential that the reviewers have studies in the field of the article or are competent in the relevant field. The general rule is that the reviewer and the author belong to different institutions.

If the authors are academics, the reviewers are selected from academics with a higher title, if possible. (For example, if the article is written by a doctoral faculty member, it is sent to the academics with the title of associate professor or professor).

The identities of the reviewers are kept confidential.

It is essential that the reviewers respond to the invitation e-mail sent to them via Dergipark with the article abstract attached within 10 days. This period can be extended twice for 5 days if necessary. If the reviewer does not accept or reject the invitation, the editor can cancel the invitation through the system and choose another reviewer.

The reviewers who accept the invitation, can access the manuscript file and the peer review form through his/her Dergipark account.

If the reviewer does not consider himself/herself competent in the subject matter of the manuscript or is unlikely to provide a timely response, the reviewer should inform the editor and request should be canceled.

Reviewers are responsible for filling out the reviewer form truthfully with a scientific evaluation.

Articles must be reviewed by at least two reviewers. Reviewers may request minor or major revisions to the article. In this case, the author is asked to edit the article in line with the referees' opinions. In case of minor revision, the revised article is checked by the relevant deputy editor. In case of major revision, the article is resubmitted to the same reviewer, and he/she is requested to decide on the suitability of the edited version for publication.

Articles that are not considered appropriate for publication by both reviewers will not be published. If one of the reviewers deems the article inappropriate for publication, the article may be rejected by the editorial board or sent to a third reviewer, considering the comments of the other reviewer on the article. The editor decides whether the article is appropriate for publication in line with the opinions of the third referee.

Reviewers and editorial board members may not discuss manuscripts with other individuals. Reviewers keep all information about submitted manuscripts confidential. If they notice any copyright infringement and plagiarism by the author, the situation should be reported to the editor.

Reviewers are evaluated on criteria such as timeliness and performance. Unkind and

unscientific evaluations are prevented.

Relations with Authors

The duties and responsibilities of the editors towards the authors are as follows:

The editors decide whether to accept or reject the articles into the publication process, considering the importance, original value, validity, clarity of expression and the aims and objectives of the journal. If the article is rejected, the author is notified of the reason.

If the article is rejected due to negative reviewer reports, the relevant reports are shared with the author via Dergipark system.

Authors can always communicate with the editors and deputy editors via the Dergipark system. They answer authors' questions and consider their comments or complaints. Correspondence on the Dergipark system is kept in the archive.

Editorial Board

The editorial board, consisting of editors and deputy editors, is in constant communication and cooperation to ensure that the functioning of the publication processes proceeds in accordance with the publication principles and rules. They meet regularly and take decisions collectively on the editorial policy of the journal.

Gender equality is taken into account in the composition of the editorial board.

Advisory Board

The advisory board, consisting of Turkish and foreign professors working in different institutions, follows the functioning of the journal and provides opinions and suggestions. They may be consulted by the editorial board regarding the academic competence of the articles according to their areas of expertise.

Plagiarism Policy

At the preliminary review stage, the articles are scanned with the Turnitin plagiarism scanning program. Papers with a maximum 15% similarity rate (excluding bibliographic materials, citations and minor references of 2%) can proceed with the process. Authors are informed, if plagiarism/self-plagiarism is detected.

WRITING RULES

Extended Summary

In order to increase the visibility and citation rate of the articles an extended abstract of 800-1000 words should be prepared for research articles in Turkish. This rule is effective as of 2022, issue 27(1). Here, the aim, hypothesis and results of the article should be summarized comprehensively. Attention should be paid to the rules of English grammar. The extended summary must be placed after the abstract.

• Font, Size, Line Spacing and Writing of Paragraphs:

- o Articles should be written in "Microsoft Word" software.
- o The Latin alphabet should be used in the writing of articles.
- o The main text of the article should be written in accordance with the following rules:

- Times New Roman font,
 - 12 pt font size,
 - Justify alignment,
 - 1.5 line spacing,
 - 6 pt paragraph spacing before and after paragraphs and headings,
 - 1.25 paragraph indent for the first line of paragraph.
- o Citations for referred resources should be added as footnotes at the end of each page.
 - o The footnotes should be written in accordance with the following rules:
 - In Times New Roman font,
 - 10 pt font size,
 - Justify alignment,
 - Single line spacing,
 - 0 pt paragraph spacing before and after paragraphs.
- **Chapter Titles:**
- o All headings should be written in accordance with the following rules:
 - Times New Roman font,
 - 12 pt font size,
 - Left alignment (1.25 paragraph indent as the first line of paragraphs).
 - Bold,
 - The first degree headings - all uppercase;
 - The second and third degree headings - the first letter of each word is capitalized,
 - The fourth degree and other chapter headings - only the first letter of the first word is capitalized and the others lowercase.
 - o The first degree headings should be numbered in capital Roman numerals (I, II, III, IV, V etc.);
 - o The second degree headings should be numbered in capital letters (A, B, C, Ç, D etc.) in the Turkish alphabet (Latin alphabet);
 - o The third degree headings should be numbered in Arabic numerals (1, 2, 3, 4, 5 etc.);
 - o The fourth degree headings should be numbered in lowercase letters (a, b, c, ç, d etc.) in the Turkish alphabet (Latin alphabet);
 - o The fifth degree headings should be numbered in Arabic numerals [(1), (2), (3), (4), (5) etc.] in parentheses.
 - o How other headings will be numbered is optional.
 - o “CONCLUSION” and (if any) “INTRODUCTION” headings should be written in accordance with the following rules:
 - Times New Roman font,
 - 12 pt font size,

- Left alignment (1.25 paragraph indent as the first line of paragraphs),
- Bold,
- All letters are uppercase,
- These headings should not be numbered.

Example:

INTRODUCTION

I. PRINCIPLE OF SUBSTITUTE IN KIND II. APPLICATION OF THE PRINCIPLE OF THE SAME SUBSTITUTION IN THE SHARED GOODS SEPARATION REGIME

A. Shared Separation of Goods Regime

1. Generally

2. Commencement of Shared Property Separation Regime

3. Rights and Responsibilities of Spouses in the Shared Property Separation Regime

a. Rights of spouses

b. Spouses' debts

B. Asset Tables and the Application of the In-kind Substitution Principle in the Shared Separation of Goods Regime

1. Generally 2. Spouses' Personal Property 3. Family-Specific Goods

a. Goods dedicated to the common use and enjoyment of the family

b. Investments to secure the economic future of the family c. Values that replace family-specific goods and in-kind substitution practice

(1) Examination of the concept of "substitute values" and the application of the principle of substitution in kind in the regime of participation in acquired goods

(2) Application of the principle of substitution in kind within the scope of family-specific goods

CONCLUSION

• Word Count:

- o The text of the academic papers sent to the journal should not exceed 15,000 words.
- o Abstracts and bibliography will not be included in the word limit for the text part.

• Language to be Used in Articles:

o Articles written in Turkish, English and German languages are accepted to our journal. However, it is also possible to publish academic studies in other foreign languages that are deemed appropriate by the Editorial Board. The Latin alphabet should be used in the writing of the articles.

• Main Title, Abstract and Keywords:

o The main title of the academic study should be written in accordance with the following rules:

- Times New Roman font,

- 12 pt font size,
- Bold,
- Center alignment,
- 1.15 line spacing,
- 6 pt paragraph spacing after the heading,
- All uppercase, o Before the text of the article, a summary of at least 100 and maximum 200 words and five keywords, written in the same language with the article, should be added.

o Abstract and Keywords should be written in accordance with the following rules:

- Times New Roman font,
- 12 pt font size,
- Italic,
- Justify alignment,
- Single line spacing,
- 6 pt paragraph spacing before and after paragraphs and headings,
- No paragraph indent should be used for the first line of paragraphs.
- The headings “SUMMARY” and “Keywords” should be written in bold.

o In the articles written in Turkish, after the abstract and keywords, English translation of the Main Title, summary and five keywords should be added.

o The English translation of the Main Title should be written in accordance with the following rules:

- Times New Roman font,
- 12 pt font size,
- Bold,
- Center alignment,
- 1.15 line spacing,
- 6 pt paragraph spacing after the heading,
- All uppercase,

o The English translation of the summary and five keywords should be written in accordance with the following rules:

- Times New Roman font,
- 12 pt font size,
- Italic,
- Justify alignment,
- Single line spacing,
- 6 pt paragraph spacing before and after paragraphs,
- No paragraph indent should be used for the first line of paragraphs.
- The headings “SUMMARY” and “Keywords” should be written in bold.

o In addition to the English title, abstract and keywords, the author can add German title, abstract and keywords to the academic work.

o In the articles written in English, a summary of at least 100 and maximum 200 words and five keywords, written in the same language with the article, should be added.

o In the articles written in English, after the abstract and keywords, Turkish translation of the Main Title, summary and five keywords should be added.

o The Turkish translation of the Main Title should be written in accordance with the following rules:

- Times New Roman font,
- 12 pt font size,
- Bold,
- Center alignment,
- 1.15 line spacing,
- 6 pt paragraph spacing after the heading,
- All uppercase,

o The Turkish translation of the summary and five keywords should be written in accordance with the following rules:

- Times New Roman font,
- 12 pt font size,
- Italic,
- Justify alignment,
- Single line spacing,
- 6 pt paragraph spacing before and after paragraphs,
- No paragraph indent should be used for the first line of paragraphs.
- The headings “SUMMARY” and “Keywords” should be written in bold.

o In the articles written in German or other foreign languages that will be deemed appropriate by the Editorial Board, a summary of at least 100 and maximum 200 words and five keywords, written in the same language with the article, should be added.

o In the articles written in German, after the abstract and keywords, Turkish and English translations of the Main Title, summary and five keywords should be added.

o The Turkish and English translations of the Main Title should be written in accordance with the following rules:

- Times New Roman font,
- 12 pt font size,
- Bold,
- Center alignment,
- 1.15 line spacing,
- 6 pt paragraph spacing after the heading,

- All uppercase,
- o The Turkish and English translations of the summary and five keywords should be written in accordance with the following rules:
 - Times New Roman font,
 - 12 pt font size,
 - Italic,
 - Justify alignment,
 - Single line spacing,
 - 6 pt paragraph spacing before and after paragraphs,
 - No paragraph indent should be used for the first line of paragraphs.
 - The headings “SUMMARY” and “Keywords” should be written in bold.

• **Citations:**

- o Sources should be cited in the footnotes.
- o When a source is cited for the first time, the reference should be written in accordance with the following rules. In cases where there is no rule in the citation procedure detailed below, the **OSCALA** (The Oxford University Standard for Citation of Legal Authorities) system should be followed

Books:

Name and Surname, Book Title, Published, Publisher, Year, Referenced Page.

Example: Rıza Ayhan, Commercial Business Law, 2nd Edition, Turhan, 2007, p. 89.

Book chapters:

Name Surname, “Subject (Chapter) Name”, Editor(s) Name and Surname (Ed.), Book Title, Publisher, Year, Referenced Page.

Example: Hayrettin Çağlar, “The Debt Relationship of the Shareholder with the Company in Joint Stock Companies”, Erol Ulusoy (Ed.), Individual and Minority Shareholder Rights in Joint Stock Companies, Bilge Publishing House, 2016, p. 143.

Articles:

Name Surname, “Article Title”, Journal Name, Volume (Issue), Year, Referenced Page.

Example: Cumhuriyet Şahin, “The Scope of the Investigation on the Objection to the Decision of Postponing the Announcement of the Judgment”, Marmara University Faculty of Law Journal of Legal Studies, Prof. Dr. Gift to Nur Centel, 19(2), 2013, p. 293.

Resources available on the Internet:

Example: Abdülkerim Yıldırım, “Assurance of the Tenant in the Leases of Residential and Roofed Workplaces”, AUHFD, 64(1), 2015, <<https://dergipark.org.tr/tr/pub/auhfd/issue/42392/510636>>, Access Date 15 December 2020, p. 238.

- o If the same source is cited again, the reference should be written in accordance with the following rules.

- For references to a single work of an author: Author’s Surname, Page Number.

Example: Ayhan, p. 90.

- In references to more than one work by the same author, the title of the works should be abbreviated to distinguish it from other works of the author.

Example: Ayhan, Commercial Enterprise, p. 213.

Ayhan, Dividend, p. 100.

• **Bibliography**

o At the end of the article, there should be a “BIBLIOGRAPHY” page listing the sources used in the article.

o “BIBLIOGRAPHY” should be on the next page after the end of the text.

o The bibliography should be listed alphabetically according to the surnames of the authors.

o The bibliography should be written in accordance with the following rules:

– Times New Roman font,

– 12 pt font size,

– Justify alignment,

– Single line spacing,

– 6 pt paragraph spacing after paragraphs,

– Hanging paragraph indent for the first line.

o In the bibliography, it is not mandatory to include the court decisions cited in the text.

o In the bibliography, the sources should be written in accordance with the following examples:

Example: Ayhan R, Commercial Business Law, 2nd Edition, Turhan, 2007.

Example: Yıldırım A, “Tenant’s Assurance in Housing and Roofed Workplace Leases”, AUHFD, 64(1), 2015, <<https://dergipark.org.tr/tr/pub/auhfd/issue/42392/510636>>, Access Date 15 December 2020, pp. 237-266.

• **The article submissions are made via DERGİPARK system.** <https://dergipark.org.tr/en/pub/ahbvuhfd>

Academic studies submitted without being prepared in accordance with abovementioned requirements will be rejected or requested to be edited.

• **For detailed information about submitting articles to the Journal, see Ethical Principles and Publication Policy.**

• **Author or authors’ information should be given in the “Cover” form. Since the file from the author will be directed directly to the referee, the author information should not be included in the original text of the article.**

• **In addition to the “Cover” form, the “Ethical Declaration Form” and the “Copyright Transfer Form” must be filled and uploaded to the system. Otherwise, the review process will not continue.**

**Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi
Hukuk Fakültesi Dergisi**

Cilt XXVIII Temmuz 2024 Sayı 3

İÇİNDEKİLER

MAKALELER*

ÖZEL HUKUK

- Anonim Şirketlerde Pay Sahibinin Payını Devretme Hakkı
Tamer BOZKURT3-34
- Kooperatiflerde Yönetim ve Temsil Yetkisinin Devri
Sevgi BOZKURT YAŞAR 35-72
- Sosyal Güvenlik Hukukunda
“Haklı Beklentiler”in Korunması Sorunu
Berna ÖZTÜRK YILMAZ..... 73-124
- Alman Medeni Kanunu’nun 126b Paragrafı Çerçevesinde Metin Şekli
Burcu YAĞCIOĞLU..... 125-156

KAMU HUKUKU

- Fıkıh ve Hukuk Terimleri ve Kavramları Üzerine
Ramazan ÇAĞLAYAN.....159-174
- Uluslararası Adalet Divanı’nda Yargı Bağımsızlığı
Meselesinin Eleştirel Değerlendirmesi
M. H. Mustafa BEKTAŞ175-206
- Roma Statüsü M. 28’e Göre Üstlerin Astların İşlediği
Suçlardan Kaynaklanan Cezai Sorumluluğu
Hasan İBA..... 207-262

* Makaleler, yazarların unvanı ve makale gönderim zamanlarına göre sıralanmıştır.

Uluslararası Hukukta Etnik Temizlik Kavramı Çerçevesinde 1989'da Bulgaristan'dan Türkiye'ye Zorunlu Göç Gülsüm KAYA	263-314
1876'dan Günümüze Türkiye'de Parlamento İçtüzükleri ve İçtüzük Değişiklikleri Gonca EROL	315-370
İdare Hukuku Cephesinden Spor Güvenlik Kurulu ve Kararları Üzerine Bir Değerlendirme Bahadır APAYDIN	371-406
Polis Vazife ve Salâhiyet Kanunu'na Göre Önleme Aramasında Yetki ve Yetki İle Alakalı ve Önemli Bazı Hususlar Sencer Abdullah AKKOYUNLU	407-460
Bir İnfaz Siyaseti Olarak Toplumla Yeniden Bütünleştirme Funda KAYA BOZOK	461-500
Anayasa Mahkemesinin Ek Motorlu Taşıtlar Vergisi Düzenlemelerine İlişkin Kararlarının İncelenmesi Esra DEMİR BELİN	501-564
Sessiz Kalma Nedeniyle Hak Kaybının Marka Hakkına Tecavüz Suçu Açısından Değerlendirilmesi Taha GÜLER	565-606

ÇEVİRİ

Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılmasına İlişkin Sözleşme'nin Gazze Şeridinde Uygulanması (Güney Afrika V. İsrail) Uluslararası Adalet Divanı, 26 Ocak 2024 Tarihli Geçici Tedbir Kararı Burcu DEĞİRMENCİOĞLU/Abdulkadir PEKEL	609-642
---	----------------

Ankara Hacı Bayram Veli University
Faculty of Law Review

Vol. XXVIII July 2024 Number 3

C O N T E N T S

ARTICLES*

PRIVATE LAW

Shareholder’s Right To Transfer Shares In Joint Stock Companies Tamer BOZKURT	3-34
Transfer Of Management And Representation Authority In Co-Operatives Sevgi BOZKURT YAŞAR	35-72
The Problem Of The Protection Of “Legitimate Expectations” In Social Security Law Berna ÖZTÜRK YILMAZ	73-124
Textform Under Paragraph 126b Of The German Civil Code Burcu YAĞCIOĞLU	125-156

PUBLIC LAW

On Fiqh And Law Terms And Concepts Ramazan ÇAĞLAYAN	159-174
Critical Evaluation Of Judicial Independence Question In The International Court Of Justice M. H. Mustafa BEKTAŞ	175-206
According To Article 28 Of The Rome Statute Criminal Liability Of Superiors Arising From Crimes Committed By Subordinates Hasan İBA	207-262

* Articles are draw up according to the authors titles and submission times.

Forced Migration From Bulgaria To Türkiye In 1989 Within The Framework Of The Concept Of Ethnic Cleansing In International Law Gülsüm KAYA	263-314
Parliamentary Rules Of Procedures And Amendments To The Rules Of Procedures In Turkey From 1876 To The Present Gonca EROL	315-370
Review Of Sports Security Boards And Their Decisions From An Administrative Law Perspective Bahadır APAYDIN	371-406
Authority In Terms Of Preventive Search According To The Police Duties And Authority Law And Some Important Issues Related To Authority Sencer Abdullah AKKOYUNLU	407-460
Reintegration As A Politics Of Criminal Execution Law Funda KAYA BOZOK	461-500
Analysis Of The Constitutional Court’s Decisions On Additional Motor Vehicle Tax Regulations Esra DEMİR BELİN	501-564
Evaluation Of Loss Of Right Due To Silence In Terms Of Crime Of Trademark Infringement Taha GÜLER	565-606

TRANSLATION

Application Of The Convention On The Prevention and Punishment Of The Crime Of Genocide in The Gaza Strip (South Africa V. Israel) International Court Of Justice, Order Of 26 January 2024, Provisional Measures Burcu DEĞİRMENCİOĞLU/Abdulkadir PEKEL	609-642
--	----------------

ÖZEL HUKUK >>

BOŞ

Hukuk Fakültesi Dergisi
Ankara Hacı Bayram Veli University
Faculty of Law Review

ISSN: 2651-4141 e-ISSN: 2667-4068
Cilt/Volume XXVIII Temmuz/July 2024 Sayı/No. 3

ANONİM ŞİRKETLERDE PAY SAHİBİNİN PAYINI DEVRETME HAKKI

SHAREHOLDER'S RIGHT TO TRANSFER SHARES IN JOINT STOCK
COMPANIES

Tamer BOZKURT**  

ÖZET

Anonim şirketlerde pay devrinin serbestliği ilkesi, anonim şirkette payın karşılığının ekonomik olarak alınabilmesini sağlayan en önemli mekanizmadır. Bu özellik sermaye şirketi ile de yakın bir ilgi içindedir. Her pay sahibi sahip olduğu payları istediği zaman, istediği kişiye, istediği bedelle devretme ve bu yolla da şirketle ilişkisini sonlandırma hakkına sahiptir. Bu hak Anayasa ile güvence altına alınan mülkiyet hakkının da bir yansımasıdır. Böylece payın serbestçe devri, sadece şirkete yeni bir pay sahibinin girmesi açısından değil, şirkete bu sıfat ile giren bir pay sahibinin ilerleyen zamanlarda elindeki payları devredebilmesini güvence altına alması bakımından da önemlidir. Kimse pay sahibi olarak girdiği bir anonim şirketten sonradan güç koşullarda ayrılmak istemez. Herkes aynı kolaylıktan yararlanarak yatırımının karşılığını almak isteğinde olur. Çünkü diğer cepheden bakıldığında bir pay sahibinin anonim şirketle yollarını ayırmasının ilke olarak başka bir yolu da

* “Anonim Şirketlerde Pay Devrinin Sınırlandırılması (Bağlam)” (On İki Levha Yayınevi, İstanbul 2016) adlı doktora tezinden üretilmiştir. Bu makale 22 Mayıs 2017 tarihinde Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nde gerçekleşen “Anonim Şirketlerde Bireysel ve Azınlık Pay Sahibi Hakları Sempozyumu III” adlı sempozyumda sunulan Tebliğin genişletilmiş halidir.

** **Dr. Öğr. Üyesi.**, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı/ ESKİŞEHİR E-Posta: tamerbozkurt@anadolu.edu.tr, **ORCID:** 0000-0003-0486-399X, **DOI:** 10.34246/ahbvuhfd.1406038.

• Atıf Şekli/ **Cite As:** Bozkurt T, “Anonim Şirketlerde Pay Sahibinin Payını Devretme Hakkı”, *AHBVÜ Hukuk Fakültesi Dergisi*, 28(3), 2024, s.3-34.

• İntihal / **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.*



yoktur. Konu giderek mülkiyet hakkı dışında “kişilik haklarının korunması” boyutu ile de ilginç bir noktaya evrilmektedir.

Anahtar Kelimeler: Anonim şirket, pay, pay devri, payın serbest devredilebilirliği ilkesi, ayrılma hakkı.

ABSTRACT

The principle of freedom of share transfer in joint stock companies is the most important mechanism that ensures the economic return of the share in the joint stock company. This feature is also closely related to the capital company. Each shareholder has the right to transfer his/her shares at any time, to anyone he/she wishes, for any price he/she wishes, and thus to terminate his/her relationship with the company. This right is also a reflection of the right to property guaranteed by the Constitution. Thus, the free transfer of shares is important not only in terms of the entry of a new shareholder into the company, but also in terms of securing the ability of a shareholder who enters the company in this capacity to transfer his/her shares in the future. No one wants to leave a joint stock company, which they entered as a shareholder, under difficult conditions. Everyone wants to benefit from the same convenience and get the return on their investment. On the other hand, there is no other way for a shareholder to part ways with a joint stock company in principle. The issue gradually evolves to an interesting point with the dimension of “protection of personal rights” in addition to property rights.

Keywords: Joint stock company, share, share transfer, principle of free transferability of shares, right of separation.

EXTENDED ABSTRACT

In joint stock companies, the most important way for the shareholder to part ways with the company is to transfer the shares or share certificates, since the shareholders are not entitled to leave the company or dissolve the company as an individual shareholder right. Since the joint stock company has a structure with fixed capital and limited liability principle, it is not possible for the shareholders to withdraw their capital from the company -except for the rules on liquidation and liquidation period- as a requirement for the protection of creditors (TCC Art. 480). In this respect, the shareholder's right to transfer his/her shares is closely related to the right to ownership guaranteed under the Constitution. In terms of Article 35 of the Turkish Constitution, the ECHR and Protocol No. 1, the right to property does not only cover tangible assets. Article 1 of Protocol No. 1 emphasises that the concept of “property” and “ownership” should be interpreted very broadly. The formation of the joint stock company as a legal entity has made it possible for it to be independent not

only against third parties but also against its own shareholders. Another phenomenon that follows the legal personality of the company is that the legal bond woven with the shareholding relations is formed between the company and the shareholders, not between the shareholders themselves. The limitation of the liability regime is also related to the nature of a capital company. The Swiss doctrine also establishes a connection between the principle of limited liability and the right of the shareholder to transfer his/her shares. The doctrine emphasises that the limitation of liability is a condition for the free transfer of shares, since it is stated that if the shareholders are personally liable for the debts of the company, the free transfer of shares will not be possible. However, this principle appears as an element that facilitates the transfer of shares in a joint stock company. In a joint stock company, the right and authorisation of the shareholder to transfer the shares is valid for both registered and bearer shares. Thus, in a joint stock company, the structure is so abstracted from the personality of each shareholder that neither the change of shareholders nor the interests or personal characteristics of a shareholder play a role in the existence of the company. For the reasons explained, one of the fundamental principles that prevails in joint stock companies is the principle of “free transferability” of shares, and this principle is the element that gives the joint stock company its “colour”. The status of shareholding or free transfer of shares should be understood as the authorisation or freedom of the shareholder to transfer his/her shares to a third party at any time through a legal transaction. According to the prevailing opinion, the principle of free transfer of shares or share certificates creates a relative vested right. In order to deprive shareholders of this right, the best interests of the company must require it or the degree of transfer restriction must be appropriate to the purpose. The principle is not only in favour of the company, but also in favour of the shareholder. This is because this principle enables the shareholding structure to continue its existence without being affected by changes in the personality and shareholding capacity of the shareholders (continuity of business activity). For the shareholders, diversification in their investments will be ensured and the investment risk will be reduced, and finally, the transfer will increase the possibility of monetisation of the share. Behind the principle of free transferability of shares in a joint stock company lies the fact that the right to leave is not recognised in the technical sense. In principle, the shareholder does not have the right to leave or dissolve the company as an individual right. Recognising the right to leave in the technical sense, as in sole proprietorships, would create problems that would be difficult to solve in joint stock companies. Although the principle applies to both registered and bearer shares, with the amendment made by Law No. 7262 in 2020, the principle of notification to the Central Securities Depository was introduced for the transfer of bearer share certificates (Art. 489 TCC). Until this notification is made, shareholding rights will remain suspended. It should be noted that this provision is not a restriction on the transfer of bearer share certificates, but only a structure that

serves to enable the company and the State to monitor the holders of bearer share certificates, and replaces the share ledger system in registered share certificates. Otherwise, no restriction on the transfer of bearer share certificates can still be imposed by the articles of association.

GİRİŞ

Anonim şirketlerde, pay sahiplerine şirketten ayrılma (ve ayrılma akçesini alma) veya şirketi feshetme yetkisi bireysel bir pay sahipliği hakkı olarak tanınmadığı için pay sahibinin şirketle yollarını ayırmasının en önemli yolu, pay veya pay senetlerini devretmekten geçer. Pay sahibi payını devrederek daha önce yaptığı yatırımı, kâr veya zararlar geri çeker ve pay bedelini de payın nominal değerinden bağımsız olarak payını devrettiği kişiden alır. Anonim şirket, sabit sermayeli ve sınırlı sorumluluk ilkesinin geçerli olduğu bir yapıya sahip olduğu için alacaklıların korunmasının bir gereği olarak pay sahiplerinin koydukları sermayeyi, şirketten geri çekmeleri -tasfiye durumu ve tasfiye dönemi kuralları hariç- mümkün değildir (TTK m. 480). Bu nedenle bir pay sahibinin şirketten ayrılacağını beyan ederek ayrılma akçesini talep etmesi çok özel bazı istisnalar dışında (TTK m. 141/1, 208; SPKn. m. 24) mümkün değildir. İşte pay sahibinin ister kuruluş ve sermaye artırımında aslen, ister devren iktisap ettiği payını istediği an, istediği kişiye, istediği bedelle devretmesi, daha önce yaptığı yatırımı paraya çevirmesi anlamına gelmesi bakımından da önemlidir. Zira paylar devredilerek yatırımın karşılığı alınmakta ve bu yönüyle anonim şirketlerde hâkim olan “pay devrinin serbestliği” ilkesi *hayat bulmaktadır*. Aksi takdirde, pay sahibinin şirkette deyim yerindeyse “esir” kalması gibi, kişilik hakları ile bağdaşmayacak bir durum ortaya çıkar. Bu nedenle pay sahibinin, paylarını serbestçe devretme hakkı, “anonim şirketi anonim şirket yapan” ve şirketin adını veren “anonimliğe” en uygun yapıyı oluşturan bir unsurdur.

Pay sahibinin payını serbestçe devretme hakkı, eski öğretide nispi müktesep hak olarak nitelendirilmişti. Bu hakkın sınırlandırılabilmesi için yüksek şirket menfaatleri bunu gerektirmeli, dürüstlük kurallarına uygun davranılmalı ve ölçülülük ilkesi ihlal edilmemelidir. Zira genel kurulun, esas sözleşmeyi değiştirerek bir devir sınırlamasını (bağlam) sonradan öngörmesi, ancak bu koşullarda geçerli kabul edilebilir (TTK m. 339/1-d, 421/3-c). Aksi takdirde açılacak bir iptal davasında bu değişiklik iptal edilebilecektir (TTK m. 445 vd.).

Pay sahibinin payını devretme hakkı, bu açıdan Anayasa’da güvence altına alınan mülkiyet hakkı ile de yakından ilgilidir. Zira Anayasa’nın 35. maddesi ile AİHS ve 1 No’lu Protokol bakımından, mülkiyet hakkı sadece maddi varlığı olan şeyleri kapsamaz. 1 No’lu Protokolün 1. maddesi dikkate alınırken “mülkiyet” ve “mülk” kavramının çok geniş yorumlanması gereği vurgulanmaktadır. Bu kapsama taşınır ve taşınmazlar, elle tutulabilir veya tutulamaz varlıklar ve hisseler girer¹. Bu nedenle anonim şirket payları ve pay senetleri üzerinde devir serbestisinin kısıtlanması, mülkiyet hakkına getirilecek sınırlama niteliğini taşıyacaktır.

I. ANONİM ŞİRKETİN YAPISAL UNSURLARI ve PAY DEVRİ ARASINDAKİ İLİŞKİ

A. Tüzel Kişilik

Anonim şirket, tüzel kişiliğe sahip bir sermaye şirketi olup tüzel kişiliğini kanuna uygun düzenlenmiş esas sözleşmesinin şirket merkezinin bulunduğu yer ticaret siciline tescili ile kazanır (TTK m. 354). Tüzel kişilik kazanıldığı an kanun gereği tacir sıfatı da kendiliğinden doğar ve tacir olmaya bağlanan sonuçlar da ortaya çıkar (TTK m. 16, 18 vd.)².

¹ Monica Carss-Frisk, *Mülkiyet Hakkı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 1 No’lu Protokolünün 1. Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz*, s. 6 (www.tbbyayinlari.barobirlik.org.tr/TBBBooks/mh-aihs.pdf-Erişim: 03.08.2023); Kürşat Akça, “Anayasa Mahkemesi Kararlarında Mülkiyet Hakkı”, *Inönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 6(3), 2015, s. 580 vd.

Nitekim Anayasa Mahkemesi de bir kararında, bu noktayı teyit etmiş; Anayasa’nın 35. maddesinin birinci fıkrasında “Herkes, mülkiyet ve miras hakkına sahiptir.” denilmek suretiyle mülkiyet hakkını güvenceye bağlamıştır. Anayasa’nın anılan maddesiyle güvenceye bağlanan mülkiyet hakkı, ekonomik değer ifade eden ve parayla değerlendirilebilen her türlü malvarlığı hakkını kapsamaktadır. Bu bağlamda, mülk olarak değerlendirilmesi gerektiğine kuşku bulunmayan taşınır ve taşınmazlarla bunların üzerinde tesis edilen sınırlı aynı haklar ve fikri hakların yanı sıra icrası kabil olan her türlü alacak da mülkiyet hakkının kapsamına dahildir.” denilmiştir [Anayasa Mahkemesi, *Recep Tarhan ve Afife Tarhan* Başvurusu (Başvuru no: 2014/1546), tarih 2.2.2017, RG., 23.3.2017, S. 300016, N. § 49; Mahmut Duran ve Diğerleri Başvurusu (Başvuru Numarası: 2014/11441, 01/02/2017)]. Yine aynı yönde bkz. Ayrıca bkz. AYM, 22.10.2015 tarih ve E. 2015/29, K. 2015/95 sayılı (SPKn. m. 13/4 ile ilgili) iptal kararı (§ 14) [RG., 12.11.2015, S. 29530]. Bu konuda ayrıca bkz. Tekin Akilhoğlu, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Mülkiyet Hakkı ve Kazanılmış Hak Üzerine Bazı Gözlemler”, *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, 5(2), 2012, s. 11 (N. 07); Burak H. Gemalmaz, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı*, 2. Bası, Beta 2017, s. 316, dn.1022, 328-329.

² Ayrıntılı bilgi için bkz., Arthur Meier-Hayoz/Peter Forstmoser, *Schweizerisches Gesellschaftsrecht*, 10. Auflage, Stämpfli Verlag, 2012, § 16, N. 31; Thomas Raiser/Viel, Rüdiger, *Recht der Kapitalgesellschaftsrecht*, Verlag Vahlen, 2006, § 8, N. 3 vd.; Tamer Bozkurt, *Ano-*

Anonim şirketin bir tüzel kişi olarak şekillendirilmesi, sadece üçüncü kişilere karşı değil, kendi pay sahiplerine karşı da bağımsız olmasını mümkün kılmıştır. Yine şirketin tüzel kişiliğe sahip olmasını takip eden diğer bir olgu, pay sahipliği ilişkileri ile örülen hukukî bağın, pay sahiplerinin kendi aralarında değil, şirketle pay sahipleri arasında oluşmasıdır³.

B. Sermaye Şirketi Özelliği

Anonim şirket, şirketler hukuku alanında yapılan en temel ayırımlardan birisi olan şahıs ve sermaye şirketi tasnifinde sermaye şirketi karakteri gösterir (TTK m. 124)⁴.

Bir şirketin sermaye şirketi niteliğinde olması, sermayeye katılımın ön plânda, pay sahiplerinin kişisel yetenekleri veya kişiliklerinin ise arka plânda kalmasına neden olur⁵. Zaten pay sahipliği mevkiî pay sahiplerinin

nim Şirketlerde Pay Devrinin Sınırlandırılması (Bağlam), 2. Tıpkı Bası, Yetkin Yayınevi, 2023, s. 2 vd.; Tamer Bozkurt, *Şirketler Hukuku*, 15. Bası, Yetkin Yayınevi, 2023, s. 424.

³ Hanspeter Kläy, *Die Vinkulierung «Theorie und Praxis im neuen Aktienrecht»*, Helbing und Lichtenhahn Verlag, 1997, s. 2; Meier-Hayoz/Forstmoser, § 16, N. 32; Raiser/Viel, § 8, N. 3; Bozkurt, Bağlam, s. 2.

⁴ İsviçre hukukunda saf sermaye şirketi karakterinin sadece anonim şirkete özgü olduğu ifade edilmektedir. (Bkz. Dieter von Graffenried, *Übertragbarkeit und Handelbarkeit von Gesellschaftsanteilen: Insbesondere von Aktien*, Stämpfli Verlag, 1981, s. 31). Karma bir tür olarak da limited şirket ve paylı komandit şirket gösterilmektedir. Ancak Alman hukuk çevrelerinde, şahıs-sermaye şirketi ayrımının keskinliği konusunda tereddütlü bir yaklaşım söz konusudur. Zira Raiser/Viel'e göre sermaye şirketlerinde öyle özellikle görülebilmektedir ki şahıs şirketi özelliği gibidir. Bu yüzden bu şirketler kişisel öğelerin ağır bastığı sermaye şirketi olarak anılmaya başlamıştır (*personalistischen Kapitalgesellschaften*). Diğer taraftan, bazı şahıs şirketleri de öyle sermaye şirketi özellikleri ile donatılmıştır ki ortakların kişisel özelliklerinden arındırılmış; bunlar da sermaye şirketi karakteri gösteren şahıs şirketleri (*kapitalistisch oder der körperschaftlich strukturierten Personengesellschaft*) olarak anılır olmuştur (bkz. Raiser/Viel, § 1, N. 4). Yine İsviçre hukukunda bu konuda yapılan ayırım ve tartışmalar için bkz. Arthur Meier-Hayoz/Walter Schlupe/Walter Ott, "Zur Typologie im schweizerischen Gesellschaftsrecht", *Zeitschrift für Schweizerisches Recht*, 90, 1971, I. Halbband, s. 299 vd.

⁵ Christoph von Greyerz, *Schweizerische Privatrecht (VIII/2), die Aktiengesellschaft*, Helbing und Lichtenhahn Verlag, 1982, s.14; Andreas von Planta, *Die Haftung des Hauptaktionärs*, Helbing und Lichtenhahn Verlag, 1981, s. 1; Kläy, s. 3; Graffenried, s. 22, 31; Peter Baldi, *Über die Gewährleistungspflicht des Verkäufers von Aktien, insbesondere beim Verkauf aller Aktien einer Gesellschaft*, Schulthess Verlag, 1976, s. 26; Meier-Hayoz/Forstmoser, § 16, N. 29, 139 vd.; Hans-Joachim Pfitzmann, *Ausschluss und Austritt aus der personalistischen Kapitalgesellschaft*, Peter Lang Verlag, Lusane 1974, s. 26; Sigmund Pugatsch, *Der Austritt des Aktionärs aus der personenbezogenen Aktiengesellschaft*, 1976, s. 17-18; Rolf A. M Portmann, *Wege zur Perpetuierung der Aktiengesellschaft*, Stämpfli Verlag, 1983, s. 20.

kişiliğinden soyutlandığı için şirketin adı “anonim”dir⁶. Önemli olan kimin ne miktar sermaye taahhüdünde bulunduğu olup bu şirketlerde özellikle sahip olunan hakların ölçüsü, pay sahiplerinin sayısına göre değil, taahhüt edilen sermaye miktarına göre belirlenir. Bu olgu kendisini hem oy hakkı gibi idarî hem kâr payı gibi malî haklarda gösterir (*soviel Kapital, soviel Recht*)⁷.

Oysa şahıs şirketlerinde söz konusu olan, kişisellik öğelerinin ön plâna çıkması ve ortakların şahsının şirkete yön vermesidir⁸. Zira bu türde her şey “şahsa”, açık deyişle “ortaklara” bağlıdır. Şirketin kuruluşundan faaliyetlerine ve hatta sona ermesine kadar, ortaklar ve onların durumu rol oynar. Aşağıda ifade edileceği gibi ortakların birbirine güvenmesi ve birbirini tanımalarının gerekliliği; ortaklardan birinin ölümü, iflâsı veya kısıtlanmasının şahıs şirketleri için bir infisah nedeni olarak öngörülmesi ve pay devrinin zorlaştırılarak yeni bir ortağın şirkete girişinin oybirliğine bağlanması, şahıs şirketlerinde temel özellikler olarak karşımıza çıkar. Gerçekten de şahıs şirketlerine bu özelliği katan en önemli ilke -anonim şirketin aksine- ortaklık haklarının gerek sağlararası gerek ölüm yoluyla dahi kural olarak devredilmemesidir⁹. Her ne kadar şahıs şirketleri ile ilgili düzenlemelerde bu açık bir şekilde ifade edilmemiş olsa da şahıs şirketlerinde ortakların kişisel özelliklerinin öneminden dolayı, anonim şirketlerdeki serbest pay devri ilkesi gibi bir ilke bu yapıda kabul edilemez¹⁰. Yine belirtmek gerekir ki şahıs şirketlerinde ortakların sorumluluğunun sınırsız ve müteselsil olması, ortaklık haklarının

⁶ Bkz. Meier-Hayoz/Forstmoser, § 16, N. 140. Ancak yazar bu ilkeye istisna olarak BEGH m. 20'deki bildirim yükümlülüğünü göstermektedir. Yine OR Art. 663c'de de payları borsaya kote edilmiş anonim şirketlerin, bilançolarının eklerinde önemli pay sahiplerini ve onların katılım paylarının -bunlar biliniyor veya bilinmesi gerekiyorsa- gösterilmesi gerektiğini ifade etmiştir.

⁷ Von Planta, s. 2; Kläy, s. 3-4; Meier-Hayoz/Schlupe/Ott, s. 299; von Greyerz, s. 14. Ayrıca bkz. Graffenried, s. 19, dn. 11; Meier-Hayoz/Forstmoser, § 16, N. 29, 139 vd.; Raiser/Viel, § 1, N. 3.

⁸ Bkz. Reto Sanwald, *Austritt und Ausschluss aus AG und GmbH*, Dike Verlag, 2009, s. 22 vd.; Ernst Spörri, *Eintritt und Austritt von Gesellschaftern bei den Handelsgesellschaften*, 1947, s. 141; Kläy, s. 3; Graffenried, s. 22, 32; Meier-Hayoz/Forstmoser, § 16, N. 20, 29; Pugatsch, s. 18; Abuzer Kendigelen, “Diğer Ticaret Şirketlerini (Kollektif, Komandit ve Limited Şirketleri) Anonim Şirkete Dönüştürmeye Yönelen Nedenler”, Makalelerim, C. I (1986-2001), 2. Bası, Arkan Yayınevi, 2006, s. 2-3.

⁹ Graffenried, s. 22; Meier-Hayoz/Forstmoser, § 16, N. 296; Spörri, s. 142; Georg Wettstein, *Die nicht voll einbezahlte Aktie*, Schulthess Verlag 1948, s. 66; Meier-Hayoz/Schlupe/Ott, s. 301-302; Arthur Meier-Hayoz, “Personengesellschaftliche Elemente im Recht der Aktiengesellschaft”, *Festschrift für Walter Hug*, 1968, s. 379.

¹⁰ Spörri, s. 142; Graffenried, s. 23.

devir kabiliyetini zaten fiilen düşürmektedir¹¹. Aslında, ortakların devre ilişkin onayı, bir taraftan devreden ortağa çıkma, devralan ortağa ise şirkete giriş izni olarak yorumlanabilir¹². Zira şahıs şirketlerinde ortakların şirketten (ortaklık haklarının devri olmaksızın) çıkması da TBK m. 633'te belirtilen nedenlerden birisi söz konusu değilse, tüm ortakların onayına bağlıdır (TBK m. 632; TTK m. 213, 236, 315)¹³. Çünkü şahıs şirketlerinde -anonim şirket için geçerli bir temel ilke olan- pay devrinde serbestlik ilkesi kabul edilseydi, uygunsuz veya güvenilmez bir kişinin şirketteki varlığı tehlikeli veya zarar doğurucu nitelikte olabilirdi.

Anonim şirketin sermaye şirketi karakterine uygun olarak pay sahiplerinin yükümlülükleri de buna göre şekillenmiştir. Başka bir deyişle kendilerine düşen “tek borç” bulunmaktadır, o da taahhüt edilen sermaye taahhüdünü ifadadır (TTK m. 480). Malî olmayan yükümlülükler bu borcun konusunu oluşturamaz¹⁴. Bunlar olsa olsa belli koşullarda ikincil yükümlülük konusu olabilir (TTK m. 480/4) ve konu tek borç ilkesinin istisnasını oluşturur¹⁵.

Anonim şirkete sermaye şirketi özelliğini veren önemli unsurlardan

¹¹ Graffenried, s. 24.

¹² Abuzer Kendigelen, “Adi Şirket, Ticaret Şirketleri ve Kooperatiflere İlişkin Payların Devrinde Şekil”, *Makalelerim, C. I (1986-2001)*, 2. Bası, Arıkan Yayınevi, 2006, s. 227-228; Hans Bollmann, *Das Ausscheiden aus Personengesellschaften*, Schulthess Verlag, 1971, s. 11.

¹³ eBK’da adi ortaklıkta ortakların çıkma hakkı ile ilgili bir düzenleme mevcut değildi. Bu yüzden, öğretilerde ortağın şirketten çıkması -daha farklı bir oran öngörülmemişse- bütün ortakların oybirliği ile karar vermesine bağlanmıştı. Oybirliğinin sağlanamaması durumunda, durumun ne olacağı, öğretilerde tartışmalara yol açmıştı [Bkz. Reha Poroy (Ünal Tekinalp/ Ersin Çamoğlu), *Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku*, 11. Bası, 2009, N. 98, 301 vd.; Dirikkan, Hanife, *Limited Şirket Ortağının Ayrılması ve Ayrılma Payı*, Yetkin Yayınları, 2005, s. 20 vd.]. Alman hukukunda ise BGB § 723, 736-737 ve HGB § 133, 161/II’de çıkma veya haklı nedenlerle fesih olanakları, şahıs şirketleri için öngörülmüştür. 6098 sayılı TBK m. 633’te ise bazı durumlarda, ortağa (veya mirasçısına) çıkma veya diğer ortakların çıkarma hakkı ilk defa özel olarak ve en azından belli durumlar için düzenlenmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Serdar Hızır, “6098 sayılı (Yeni) Borçlar Kanunu’nun 633’üncü Maddesine Göre Adi Şirketten Çıkmanın ve Çıkarılmanın Genel Şartları ve Usulü”, *Sarper Sözek’e Armağan, C. III*, 2011, s. 2817 vd.

¹⁴ Kläy, s. 4, 8; Pugatsch, s. 25; Spörri, s. 154; Portmann, s. 20; Jean Contat, *Wertpapiere und Beweisurkunden des Gesellschaftsrechts*, Leemann Verlag, 1932, s. 7; Wolfhart Bürgi, *Zürcher Kommentar, 5. Teil, Die Aktiengesellschaft, B. I, Rechte und Pflichten der Aktionäre (Art. 660-697)*, Schulthess Verlag, 1957, Art. 680, N. 5, 9; Gaetano Beeler, *Die Wertpapiere im schweizerischen Recht*, Aarau 1937, s. 196.

¹⁵ Reha Poroy/Ünal Tekinalp/Ersin Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku, C. II*, 14. Baskı, Vedat Kitapçılık, 2019, N. 820.

birisi aşağıda incelenecek olan sınırlı sorumluluk ilkesi olsa da bu tek ölçüt değildir. Zira sınırlı sorumluluk ilkesi Avrupa’da anonim şirketlerin bugünkü anlamda belirdeği 17. yüzyılda değil, ancak 20. yüzyıla doğru ortaya çıkabilmiřtir¹⁶. Ancak durum bu çerçevede olmakla birlikte, sınırlı sorumluluk ilkesinin bugünkü sermaye şirketi sisteminin temeline oturduğu ve sistemi şekillendiren en önemli araç olduğu gerçeği de göz ardı edilemez¹⁷.

Açıklanan durum yüzünden, anonim şirketlerde öngörölmemiş olan bazı kurumlar şahıs şirketleri için düzenlenmiştir. Telâfi edici bir mekanizma olarak bu şirketlerde şirketin feshini isteme olanağı (TBK m. 639-640; TTK m. 248 vd.) ve yasal veya sözleşmesel *ayrılma hakkı* ile *çıkartılma* mekanizması bunlardan birkaçıdır¹⁸. Yine şahıs şirketlerinde tek çıkartılma nedeni taahhüt edilen sermaye payını ifa etmemekten ibaret değildir; zira bu şirketlerde haklı sebep kavramı, kişiselik öğelerinin ağır basmasının bir sonucu olarak önemli yer tutar. Oysa anonim şirkette pay sahibinin şirketten “ıskatı” kural olarak¹⁹ sermaye taahhüdünün ifa edilmemesi haline münhasır olup ıskatla ilgili Kanun hükümleri de emredicidir (TTK m. 482 vd.)²⁰.

¹⁶ Fahiman Tekil, *Anonim şirketler Hukuku*, Alkım Yayınevi, 1998, s. 34.

¹⁷ Karş. Tekil, s. 35. Zira yazar ilerleyen bölümlerde kendisi dahi “Sınırlı sorumluluk ilkesi eski çağlarda bir imtiyazdı, bugün ise anonim şirketi karakterize eden bir unsurdur” demiştir. Bkz. s. 52.

¹⁸ Bkz. Sanwald, s. 23.

¹⁹ Bununla birlikte, gerek TTK’nin kendi sistemi içinde, gerek 06.12.2012 tarih ve 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu’nda [RG., 30.12.2012, S. 28513], ortaklıktan çıkartılma ile ilgili istisnai düzenlemeler bulunmaktadır. TTK m. 141 gereğince şirket birleşmelerinde, %90 çoğunluğa sahip pay sahiplerine, azınlıkta kalan pay sahibi/pay sahipleri -paylarının gerçek değeri ödenerek- şirketten çıkartma (cash-out-merger) olanağı verilmiştir [bkz. Mustafa İsmail Kaya, “Büyük Pay Sahiplerinin Azınlığı Ortaklıktan Çıkartma Hakkı (Squeeze-Out-Right)”, *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakóltesi Dergisi* XI(1-2), 2007, C. XI, s. 307 vd.; Hülya Çoştan, *TTK Tasarısı’nın Yeniden Yapılanma Kararlarını Düzenleyen Hükümleri*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 2009, s. 113-114]. Burada anonim şirkette hem ortaklıktan çıkartma hem ortaklıktan ayrılma ile ilgili ilkelere önemli bir istisnalar getirilmiştir. Yine şirketler topluluğu hukukunda da gerek ayrılma hakkı gerek çıkartılma ile ilgili, (eğer toplulukta anonim şirket/şirketler varsa) klasik anonim şirketler sisteminde bulunmayan bazı mekanizmalar getirilmiştir. Bunlara, TTK m. 202/2 [çıkma] ve 208. maddeler [çıkartma] örnek olarak verilebilir. Yine SPKn. m. 27’de [pay alım teklifi ile ilgili olarak] şirkete özel bir çıkartma hakkı tanınmıştır. Bunlar özel ve istisnai karakterde hükümlerdir.

²⁰ Anonim şirkete kişiselik öğeleri katan kurumlar, istisnai de olsa mevcuttur. Bunların başında, esas sözleşme ile nama yazılı payların devrine getirilecek sınırlamalar gelmektedir. Yine pay sahiplerinin kendi aralarında (*inter pares*) hüküm ve sonuç doğuracak olan pay sahipleri sözleşmeleri de belirtilmelidir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Bozkurt, Bağlam, s. 2 vd.

C. Sınırlı Sorumluluk

Bir şirketin sermaye şirketi olmasını sağlayan en önemli ölçüt, belki de pay sahiplerinin/ortakların sorumluluğu rejimidir. Gerçekten de şirketler hukuku alanında şahıs ve sermaye şirketi ayırımının temelinde yatan en önemli olgu pay sahiplerinin/ortakların şirket borçlarından dolayı sorumlu olup olmadığıdır. Şahıs şirketlerine rengini veren en önemli unsur, ortakların şirket borçlarından dolayı sorumlu olmasıdır (TBK m. 638, TTK m. 234, 236; 317-319). Anılan hükümlerde, borçlar hukukundaki borç ilişkilerinin nispiyeti ilkesi *örselenmiştir*. Özellikle kollektif ve komandit şirketlerde ortaklar, şirketten sonra, belli koşullarda, şirketin borçlarından dolayı sınırsız ve müteselsilen sorumlu kılınmıştır (TTK m. 237). Oysa böyle bir bağ anonim şirkette kurulmamıştır. Başka bir deyişle anonim şirkette borç ilişkisinin taraflarını şirket ve şirket alacaklısı olarak üçüncü kişi doldurur. Bu durumu kaynak İsviçre Borçlar Kanunu'nun 620. maddesinin II. fıkrası da teyit etmektedir²¹. Kısacası, anonim şirkette pay sahipleri şirkete karşı ve sınırlı olarak sorumludur (TTK m. 329)²².

Sermaye şirketlerinde ortakların sınırlı sorumluluğu ilkesinin yaratılmasının nedeni, (özellikle anonim -ve hatta limited- şirketin) halktan sermaye toplama işlevini yerine getirebilmesi ve işletmecilikle ilgilenmeyen

²¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Meier-Hayoz/Forstmoser, § 16, N. 66; Meier-Hayoz/Schlupe/Ott, s. 300.

²² Sermaye ortaklıklarında bu durumla ilgili olarak bkz. Yaşar Karayalçın, *Ticaret Hukuku I, Şirketler Hukuku, Giriş-Adi Şirket-Ticaret Şirketleri*, 1973, s. 79, 82; Reha Poroy/Ünal Tekinalp/Ersin Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku, C. II*, 15. Bası, Vedat Kitapçılık, 2021, N. 35, 433; Ersin Çamoğlu, "Limited Ortakların Selef Sıfatıyla Sorumluluğu", *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi* 6(3), 1972, s. 503 Gönen Eriş, *Anonim Şirketler Hukuku*, Seçkin Yayınevi, 1995, s. 64; Rıza Ayhan, *Limited Şirketlerde Ortakların Sorumluluğu*, Kazancı Yayınları, 1992, s. 55-56; Buket Sayın Önal, *Limited Şirketlerde Ortakların Sorumluluğu*, Adalet Yayınevi, 2007, s. 68; Beşir Fatih Doğan, "Anonim Şirketlerde Sermaye Payını Geri Ödeme Yasağı", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 56, 2005, s. 48 vd; Hasan Pulaşlı, *Şirketler Hukuku, Genel Esaslar*, 7. Bası, Adalet Yayınevi, 2021, § 17, N. 22 vd.; Tekil, Anonim, s. 52; Oğuz İmregün, *Kara Ticareti Hukuku Dersleri (Genel Hükümler-Ortaklıklar-Kıymetli Evrak)*, 11. Bası, Filiz Yayınevi, 1996, s. 261 Hasan Pulaşlı, *Bağlı Nama Yazılı Pay Senetleri*, Dayınlarlı Yayınları, 1992, s. 1; Bozkurt, *Şirketler*, s. 61 vd.; Robert Meier, *Die Aktiengesellschaft*, 3. Auflage, 2005, N. 1.7 vd. öz. 1.8'de verilen örnekler; Baldi, s. 26-27; Meier-Hayoz/Forstmoser, § 16, N. 18, 130-131; Raiser/Viel, § 8, N. 3, 28; Spörrli, s. 154; von Greyerz, s. 14; von Büren/Stoffel/Weber, N. 9; Meier-Hayoz, *Personengesellschaftliche*, s. 378; von Planta, s. 1. Karş. Sait Kemal Mimaroglu, *Ticaret Hukuku, C. II, Ticaret Ortaklıkları Hukuku*, Sevinç Matbaası, 1972, s. 72; İsmail Kayar, *Şirketler Hukuku*, 2. Bası, Seçkin Yayınevi, 2007, s. 21.

kişilerin dahi ortaklığa yatırım yapmasına ikna edilebilmesidir²³. Böylece anonim şirkete yatırım yapan kişiler, açık deyişle pay sahipleri, sadece taahhüt ettikleri sermaye kadar bir riskin taşıyıcısı olarak şirketin zarar riskini üstlenmemektedir. Bununla birlikte genel kurulda oy kullanarak şirketin stratejik kararlarını yönlendirirler²⁴. Ancak aşağıda ifade edileceği gibi, sınırlı sorumluluk ilkesi, pay sahiplerinin lehine işleyen bir sistem yaratırken, diğer taraftan ibreyi şirket alacaklılarının aleyhine çevirir. Malvarlığının (sermayenin) korunması ilkesi sayesinde şirket alacaklılarının korunması ile sınırlı sorumluluk ilkesi arasında adil bir denge sağlanmaya çalışılmaktadır²⁵.

İsviçre öğretisinde sınırlı sorumluluk ilkesi ile pay sahibinin payını devretme hakkı arasında bağ kurulmaktadır. Öğretide pay sahiplerinin şirket borçlarından kişisel olarak sorumlu olması durumunda, payların serbest devrinin de söz konusu olmayacağı ifade edildiğinden, sorumluluğun sınırlandırılmasının, payların serbest devrinin de bir şartı olduğu vurgusu yapılmaktadır²⁶. Aynı bağ, sermaye şirketi özelliği ile de bire bir irtibatlandırılmıştır²⁷. Gerçekten de yukarıda belirtildiği gibi, şahıs şirketlerinde ortakların ortaklık borçlarından dolayı sınırsız sorumluluğu, ortaklık haklarının devrinin zorlaşmasının nedenlerindedir. Oysa bu ilke, anonim şirkete pay devrini kolaylaştıran bir unsur olarak karşımıza çıkmaktadır.

II. PAY DEVRİNİN SERBESTLİĞİ İLKESİ

A. Genel Olarak

Anonim şirketlerde bir pay sahibinin pay sahipliği sıfatını kaybetmesi,

²³ Gül Okutan Nilsson, *Anonim Ortaklıklarda Paysahipleri Sözleşmeleri*, Çağa Hukuk Vakfı Yayınları, 2001, s. 1, 17-18. Benzer yönde bkz. Tekinalp [Poroy/Çamoğlu], C. I, N. 441.

²⁴ Roland von Büren/Walter A. Stoffel/Rolf H. Weber, *Grundriss des Aktienrechts*, 3. Auflage, 2011, N. 6.

²⁵ Anonim (ve limited şirketlerde) şirketlerde, malvarlığının korunması ilkesi ile doğrudan ve dolaylı ilgili bulunan hükümler şöyle belirtilebilir: TTK m. 132, 510-512, 128, 332, 347, 348, 352, 549 vd., 356, 376, 379 vd., 456, 480 vd., 482-484, 519 vd. Malvarlığının korunması ilkesi ile ilgili olarak ayrıntılı bilgi için bkz. Ferda Şar, *Anonim Ortaklıklarda Malvarlığının Korunması İlkesi (İstanbul Üniversitesi Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi)*, 1995; Tekinalp [Poroy/Çamoğlu] C. I, N. 467; Tekil, s. 51 vd; Özlem Akıncı Albayrak, *Anonim Şirketler Hukukunda Şirket Malvarlığının Korunması*, On İki Levha Yayıncılık, 2022, s. 363 vd.; Kläy, s. 5; Meier-Hayoz/Forstmoser, § 16, N. 68 vd.; von Greyerz, s. 15-16.

²⁶ Kläy, s. 5, 8. Benzer yönde bkz. Wettstein, s. 66.

²⁷ Kläy, s. 8. Aynı yönde bkz. Andreas Bohrer, *Unfriendly Takeovers-Unfreundliche Unternehmensübernahmen nach schweizerischem Kapitalmarkt-und Aktienrecht*, Schulthess Verlag, 1997, s. 196-197.

şahıs şirketlerine nazaran farklılık gösterir²⁸. Gerçekten de bir pay sahibinin bu sıfatını kaybetmesinin en temel yolu pay veya pay senetlerini devretmekten geçer²⁹. Bunun dışında, şirket birleşmeleri (TTK m. 136 vd.); anonim şirketin tasfiye edilmesi (TTK m. 438 vd., TTK m. 532 vd.); payların itfası ve ıskat (TTK m. 482-484) da pay sahipliği sıfatını sona erdiren³⁰ diğer olasılıklardır.

Pay sahibinin payını devretme hak ve yetkisi hem nama hem hamiline yazılı paylar/pay senetleri için geçerlidir.

Anonim şirketin belirli sermayeli yapısı, esas sermayesinin birim paylara bölünmesi; pay sahiplerinin sayısı ile bağlı olmaksızın sabit sayıda payın oluşması, şahıs şirketlerinden farklı olarak pay sahibinin birden çok paya sahip olabildiğini sağlamıştır³¹. Bu sayede çok sayıda aynı veya farklı itibari değerde ve türde şirket payı olduğundan anonim şirketin temel yapısı serbest pay devri için uygun bir zemin oluşturmuştur³². Yine pay sahiplerinin hak ve yükümlülüklerinin şahıs şirketlerine göre farklı kurgulanması, onların kişisel yükümlülüklerinin olmaması da pay sahipliği değişiminin mümkün olan en kolay diğer gerekçelerindedir³³. Anonim şirkette pay sahipleri arası değişiklikler de açık deyişle şahıs şirketlerindeki ifade ile “şirkete girilmesi”

²⁸ Şirketler hukukunda, değişik şekillerde de olsa, ortağın şirketten ayrılmasının mekanizmaları yaratılmıştır. Bu bir zorunluluktur; çünkü bir kişinin bir şirkette iradesi hilafına tutulması düşünülemez. Bu, her şeyden önce kişilik haklarına aykırı olurdu (TMK m. 23). Ancak şahıs ve sermaye şirketlerinde, ortakların şirketle yollarını ayırmasının koşulları ve yöntemi farklı tasarılmıştır. Farklılıkların bu şirket tiplerinin doğasında aranması gerekir. Kısacası her şirkette ister payın devri yoluyla ister üyelik değişimi olmadan ayrılma hakkı şeklinde olsun, ayrılma olanakları yaratılmış olmak zorundadır. Ancak sermaye şirketleri cephesinden bakıldığında, şirketle pay sahibi arasındaki bağları çözme hakkının, nasıl ve ne ölçüde sınırlandırılabilceği, sorunun merkezinde oturmaktadır. Bkz. von Graffenried, s. 20 vd, 72; Baldi, s. 27; Pugatsch, s. 20.

²⁹ Peter Obrecht, *Bezugsrecht und Vinkulierung: zum Verhältnis zwischen dem Bezugsrecht der Aktionäre, dem Wandel- und Optionsrecht und der Vinkulierung von Namensaktien*, Juris Verlag, 1984, s. 38; Pugatsch, s. 26; Sanwald, s. 23; Lukas Handschein, *Gesellschaftsrecht*, Schulthess Verlag, 2007, s. 116.

³⁰ Bkz. Tekinalp [Poroy/Çamoğlu], C. I, N. 847; Halil Arslanlı, “Anonim Şirkette Pay ve Pay Sahipliği”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, XXIII(3), 1958, s. 264; Halil Arslanlı, *Anonim Şirketler, Umumî Hükümler I*, 3. Bası, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1960, s. 149; von Greyerz, s. 134 vd; Meier-Hayoz/Forstmoser, § 16, N. 296; Ernst Giger, *Der Erwerb eigener Aktien*, Stämpfli Verlag, 1995, s. 18, dn. 40.

³¹ Bozkurt, Bağlam, s. 4.

³² Graffenried, s. 32. Ayrıca bkz. Meier-Hayoz/Forstmoser, § 16, N. 297; von Büren/Walter/Rolf, N. 20; Bozkurt, Bağlam, s. 4.

³³ Contat, s. 8; Bozkurt, Bağlam, s. 4.

veya “şirketten çıkılması”, ancak payın başkasına devri ile mümkün olacaktır. Böylece anonim şirkette, yapı her bir pay sahibinin kişiliğinden o kadar soyutlanmıştır ki ne pay sahibi değişimi ne bir pay sahibinin menfaati veya kişisel özellikleri şirketin varlığı üzerinde rol oynamıştır³⁴. Pay sahipliği sıfatının bir başkasına kolaylıkla geçmesi ise kişisellik öğelerinin şahıs şirketlerindeki gibi ağır basmadığı anonim şirkette bir tehlike yaratmaz ve şirketin anonimliği de bu yolla sağlanır³⁵.

Görüldüğü gibi, bir anonim şirket pay sahibinin şirketle bağlarını kesmesinin en temel yolu, pay devrinden geçmektedir. Zira kanımızca pay devri dışındaki diğer sona erme hâlleri, anonim şirketin faaliyet döneminde her an ve sıklıkla karşılaşılabilecek olgular olmadığı gibi, bazıları her ne kadar pay sahibinin rızasını gerektirse de (itfa³⁶, şirket birleşmeleri³⁷ gibi), bazıları pay sahibinin rızası hilâfına (ıskat³⁸ ve şirketin tasfiyesi) gerçekleşmektedir. Bu yüzden anonim şirkette pay sahibine dilediği an şirketle ilişkisini kesebilecek mekanizmaların sağlanması, şahıs şirketlerindeki gibi bu yöndeki olanakların tanınmamış olması nedeniyle zorunludur. Açıklanan nedenlerle,

³⁴ Meier, N. 1.8; Spörri, s. 165.

³⁵ von Greyerz, s. 33.

³⁶ İtfa, payların sona erdirilmesi yoluyla gerçekleştirilen bir sermaye azaltımı usulüdür. Bu yolla sermaye azaltımı (bir esas sözleşme değişikliği) yapılarak bazı paylar yok edilir. Böylece yok edilen paylara ait pay sahipliği sıfatı da sona erdirilir. Bu yüzden de süreç eşit işlem ilkesine uygun yürütülmedikçe bu duruma maruz kalacak pay sahiplerinin onayı gerekir Bkz. Tekinalp [Poroy/Çamoğlu], C. II, N. 1448; Ünal Tekinalp, “Anonim Ortaklıklarda Esas Sermayenin Azaltılması Yöntemleri ve Pay Sahiplerinin Hakları”, *İktisat ve Maliye Dergisi*, 18(6), 1971, s. 430 vd.; Dirikkan, s. 18-19; von Greyerz, s. 140 vd.

³⁷ Şirket birleşmeleri bir genel kurul kararına istinaden gerçekleşir. Birleşmenin söz konusu olabilmesi için her iki şirket genel kurulunda da ayrı ayrı karar alınması gerekir. Bu, basit çoğunlukla alınacak bir karar da değildir [TTK m. 151/1-a, SPK m. 23/1-a, 29/3]. Dolayısıyla şirket birleşmelerinde de pay sahiplerinin genel kurul kararına katılma şeklinde iradeleri rol oynamaktadır. Kuşkusuz bu karara muhalif kalabilecek pay sahipleri de olabilir. Birleşme anonim şirkette bir genel kurul kararı çerçevesinde gerçekleşeceğine göre, bu karara karşı iptal davası da açılabilir. Yine birleşme sözleşmesi (zorunlu) bir ayrılma akçesini öngörüyorsa (ki bu durumda azınlıkta kalan pay sahipleri, iradeleri hilâfına şirketten ayrılmak durumunda kalmaktadır) bunun, devreden şirket sermaye şirketiye şirkette *sermayeye göre* (Bkz. Abuzer Kendigelen, *Yeni Türk Ticaret Kanunu, Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler*, 3. Bası, On İki Levha Yayınevi, 2016, s. 139) mevcut oy haklarının yüzde doksanın olumlu oylarıyla onaylanması şarttır (TTK m. 151/5).

³⁸ Anonim şirket pay sahibinin bu sıfatının ıskat yoluyla sona erdirilmesinde tek ölçüt, taahhüt edilen sermaye paylarının ifa edilmemesi olabilir. Bunun dışındaki bir nedenle gerçekleşecek ıskat kararı batıl olacağı gibi, esas sözleşmeye de örneğin haklı nedenlerle ıskatın olabileceğine dair hüküm konulamaz [Bkz. Tekinalp (Poroy /Çamoğlu), C. I, N. 848, 848b]. Buna ilişkin istisnalara yukarıda değinilmişti.

anonim şirkette hâkim olan temel ilkelerden birisi de payların “serbestçe devredilebilirliği” ilkesidir ve bu ilke, anonim şirkete “rengini” veren unsur olarak karşımıza çıkar³⁹. Pay sahipliği mevkiî veya payın serbestçe devri, pay sahibinin bir hukukî işlem yoluyla dilediği an, payını (herhangi bir) üçüncü kişiye devretme konusunda sahip olduğu yetki veya serbesti olarak anlaşılmalıdır. Hâkim görüşe göre de pay ya da pay senetlerinin serbest devri ilkesi nispi müktesep hak oluşturur⁴⁰. Bu hakkın pay sahiplerinin elinden alınması için, yüksek şirket menfaatleri bunu gerektirmeli ya da bağlamın derecesi amaca uygun olmalıdır⁴¹.

İlke sadece şirketin değil aynı zamanda pay sahibinin de yararınadır. Çünkü bu ilke sayesinde pay sahipliği yapısı, pay sahiplerinin kişiliği ve pay sahipliği sıfatında gerçekleşen değişikliklerden etkilenmeden varlığını sürdürme olanağı yakalar (işletmesel faaliyetin devamlılığı)⁴². Pay sahipleri açısından ise kendilerinin yatırımlarında çeşitlilik sağlanarak yatırım riskinin azaltılmasına olanak tanınacak ve nihayet, devir payın paraya çevrilme

³⁹ Bu konuda bkz. von Greyerz, 7, 115; Carl Baudenbacher, *Grundzüge des Gesellschaftsrechts*, Wissenschaftlicher Verlag, 1990, s. 224; Binder, 128; Conrad Walther, *Zur Rechtsanwendung wartungsbedürftiger Minderheitsschutznormen im schweizerischen Aktienrecht*, Schulthess Verlag, 1987, s. 35; Meier-Hayoz/Forstmoser, § 16, N. 299; von Büren/Walter/Rolf, N. 19, 250; Contat, s. 7; Wettstein, s. 66; Meier-Hayoz/Schluemp/Ott, s. 300; Meier-Hayoz, Personengesellschaftliche, s. 379; Tekinalp [Poroy/Çamoğlu], C. I, N. 772b; Pulaşlı, *Bağlı Nama Yazılı*, s. 2; Ali Murat Sevi, *Anonim Ortaklıkta Payın Devri*, 4. Bası, Seçkin Yayınevi, 2018, s. 30, 55 vd.; Bozkurt, Bağlam, s. 5.

⁴⁰ Bkz. Tekinalp [Poroy/Çamoğlu], C. I, N. 772b; Trüb, s. 3; Walter Würzer, *Die Zuordnung der Rechte aus gespaltenen Aktien, Ein Beitr. zur Lehre von der Übertragung vinkulierter Namenaktien*, Haupt Verlag, 1982, s. 13, öz. dn. 1, 2, 3; Bozkurt, Bağlam, s. 5. İsviçre hukukunda, (1991 Reformu öncesinde) öğreti ve mahkeme kararlarındaki baskın görüş nispi müktesep hak görüşüdür. Ancak mutlak müktesep hak görüşü de savunulmuştur. Ancak 1991 reformu ile İsviçre hukukunda müktesep hak kavramına yer verilmemiştir. eTTK m. 385'te düzenlenen ve yoğun tartışmalara neden olan müktesep haklara, TTK ise kavram olarak yer vermekle yetinmiş, vazgeçilmez hak kavramı da Kanun'a dahil edilmiştir. TTK m. 452'de “Genel kurul, aksine esas sözleşmede hüküm bulunmadığı takdirde, kanunda öngörülen şartlara uyarak, esas sözleşmenin bütün hükümlerini değiştirebilir; müktesep ve vazgeçilmez haklar saklıdır”. Madde Gereçesi'nde, İsviçre'de müktesep hakların çıkarılmasının hukukî durumu değiştirmedeği vurgulanmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. TTK Tasarısı m. 452'nin Gereçesi.

⁴¹ Martin Künzli, *Die Veräußerung von Aktienmehrheiten aus zivilrechtlicher und steuerrechtlicher Sicht*, Rüegger Verlag, 1982, s. 17, öz. dn. 82; Bozkurt, Bağlam, s. 5.

⁴² İsmail Kırca/Feyzan Hayal Şehirli Çelik/Çağlar Manavgat, *Anonim Şirketler Hukuku, Temel Kavram ve İlkeler, Kuruluş, Yönetim Kurulu*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 2013, s. 111-112.

olanağını da artıracaktır⁴³.

Pay devrindeki serbestlik ilkesi, yine sermaye şirketi özelliği ile de irtibat hâlinindedir. Çünkü esas sözleşmede tespit edilen sabit ve esas sermaye bir taraftan payın itibarı değerini, diğer taraftan pay ve böylece pay sahipliği mevkiinin sayısını belirlemektedir⁴⁴. Başka bir deyişle, bölünen her bir birimden bir pay sahipliği mevki doğmuştur. Hatta bu pay sahipliği mevkilerini temsil eden paylar sadece devredilebilir değildir, aynı zamanda bu haklar kıymetli evrak niteliğindeki pay senetlerine dahi bağlanabilir⁴⁵. Paylar kıymetli evrak niteliğindeki senetlere bağlandığında ise devredilebilirlik ve tedavül daha da kolaylaşır. Bu nitelik, özellikle hâmiline yazılı pay senetlerinde üst seviyededir⁴⁶.

B. İlkenin Temelinde Yatan Nedenler

Anonim şirkette payların serbest devredilebilirliği ilkesinin arkasında teknik anlamda ayrılma hakkının (*Austrittrecht*)⁴⁷ tanınmamış olması gerçeği yatar⁴⁸. Pay sahibinin ilke olarak, bireysel bir hak şeklinde çıkma veya şirketi

⁴³ Kırca/Şehirli Çelik/Manavgat, s. 111-112.

⁴⁴ Obrecht, s. 38; Künzli, s. 7; von Greyerz, s. 16; von Büren/Walter/Rolf, N. 19.

⁴⁵ von Greyerz, s. 16; Wettstein, s. 66; Meier-Hayoz/Schluep/Ott, s. 300.

⁴⁶ Kläy, s. 4; von Greyerz, s. 16. Payların kıymetli evraka bağlanması durumunda, borsada işlem görme başta olmak üzere, sağlayacağı diğer avantajlar için bkz. aynı eser, s. 16.

⁴⁷ 1991 İsviçre reformu sırasında, anonim şirkette çıkma hakkı tanınması gerekip gerekmediği tartışılmış; ancak bunun sistemi temelinden sarsacağı ve aykırılık oluşturacağı benimsenerek bundan vazgeçilmiştir. Bunun yerine, azınlık haklarının güçlendirilmesi yoluna gidilmiştir. Ayrıntılı bilgileri için bkz. Giger, s. 19; Meier-Hayoz/Forstmoser/Nobel, § 44, N. 62.

İsviçre hukukunda, anonim şirket pay sahibine dolaylı olarak çıkma hakkı tanıyan başka bazı hükümler (OR Art. 736/4, BGEH Art. 32, FusG Art. 8 gibi) ve çıkma hakkı ile ilgili tartışmalar için bkz. Roland Büren/Mirjam Egen, “Austrittsrechte für Aktionäre-Handlungsbedarf im schweizerischen recht? *Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht*, Heft 6, 2006, s. 394 vd.; Susanne Kalss, “Das Austrittrecht als modernes Insturment des Kapitalgesellschaftsrechts”, *Wirtschaftsrechtliche Blätter*, 15, Januar 2001, s. 366 vd; Grünwald, s. 111 vd.

İtalyan hukukunda ise 2003 yılında yapılan şirketler hukuku reformu ile İtalyan Medeni Kanunu'nun 2437. maddesinde belli nedenlerden dolayı, ortağa ayrılma hakkı (*Austrittrecht*) verilmiştir.

⁴⁸ Theo Guhl (Bear: Kummer/Druey): *Das schweizerische Obligationenrecht, mit Einschluß des Handels- und Wertpapierrechts*, Schulthess Verlag, 1991, s. 652; Theo Guhl, *Das Recht der Gesellschaft mit beschränkter Haftung in der Schweiz GmbH*, Schulthess Verlag, 1937, s. 35; Theo Guhl, “Übertragbarkeit von Namenaktien und Verweigerung der Eintragung im Aktienbuch”, *Schweizerische Aktiengesellschaft (1992'den sonra SZW)*, 13 (1940/41), s. 30; Schulthess, s. 3, 20; Trüeb, s. 2; Regula Henggeler, *Die Namenaktie und ihre*

fesih hakkı bulunmamaktadır. Kendisi için payın devri, şirketteki pay sahipliği ilişkisini sona erdirmenin tek yolu olarak kalır⁴⁹.

Anonim şirkette sermaye payı ve üyelik ilişkisi, birbirinden koparılamaz bir bütünlük oluşturur⁵⁰. “Pay” olmadan “pay sahipliği” de ortaya çıkmaz⁵¹. Ayrıca bu yapıda, tüm pay sahipliği mevkilerinin devamlı olarak doldurulmuş olması da gerekir⁵². Ancak bu mevkileri kimin doldurduğu önemli olmadığı gibi, pay devri yoluyla pay sayısı veya esas sermayenin miktarı da

Vinkulierung, Sauerländer Verlag, 1948, s. 89; Schießl, s. 5; Tekinalp [Poroy/Çamoğlu], C. I, N. 848 vd.; Kläy, s. 9; Wolfgang Schönhofer, “*Vinkulierungsklauseln*” betreffend Übertragungen unter Lebenden von Namensaktien und GmbH-Anteilen unter besonderer Berücksichtigung der Rechtslage in der Schweiz und in Frankreich, Blasaditsch Verlag, 197 s. 20; Alfred Wieland, “Zur Frage der Veräußerlichkeit vinkulierter Namenaktien”, *Schweizerische Aktiengesellschaft*, 13(1940/41), s. 111; Peter Böckli, *Schweizer Aktienrecht*, Schulthess Verlag, 2009, § 6, N. 3; Peter Victor Kunz, *Der Minderheitenschutz im schweizerischen Aktienrecht*, Schulthess Verlag, 2001, s. 334, N. 161 vd.; Petra Schmitt, *Das Verhältnis zwischen Generalversammlung und Verwaltung in der Aktiengesellschaft*, Stämpfli Verlag, 1991, s. 199; von Greyerz, s. 32-33, 134 vd.; Baldi, s. 26; Ernst-Albrecht von Beauvais, *Ordnungspolitische Grenzen des Höchststimmrechts und der Vinkulierung bei börsengängigen Aktien*, 1996, s. 3; Meier-Hayoz/Forstmoser, § 16, N. 300; Peter Forstmoser/Arthur Meier-Hayoz/Peter Nobel, *Schweizerisches Aktienrecht*, Stämpfli Bern, 1996, § 44, N. 61 vd.; Peter Forstmoser/Arthur Meier-Hayoz: *Einführung in das schweizerische Aktienrecht*, Stämpfli, 1980, s. 260 vd.; Pugatsch, s. 18; Giger, s. 18; Obrecht, s. 38 vd.; Florian Marxer, *Die personalistische Aktiengesellschaft im liechtensteinischen Recht, eine Analyse unter besonderer Berücksichtigung des Rechts der Vinkulierung und der Aktionärbindungsverträge*, Schulthess Verlag, 2007, s. 135; Portmann, s. 21; von Büren/Stoffel/Weber, N. 7, 1008; Rene Schweri, *Die Verpfändung von Namenaktien*, 1973, s. 20; Arslanlı, İÜHF 1958, s. 254; Künzli, s. 7; Wettstein, s. 66; Veronika Schinzler, *Die teileingezahlte Namensaktie als Finanzierungsinstrument der Versicherungswirtschaft*, VVW Verlag, 1999, s. 29; Ulrich Benz, “Gelockerte Vinkulierung”, *Neues zum Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht, zum 50. Geburtstag von Peter Forstmoser*, 1993, s. 56, 57, dn. 16; Arslanlı, *Anonim Şirketler*, s. 133, 139; Pulaşlı, *Bağlı Nama Yazılı*, s. 2, 111; Necdet Uzel, *6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu ve 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'na Göre Anonim Ortaklıkta Esas Sözleşmesel Bağlam*, On İki Levha Yayınevi, 2013, s. 31 vd.; Bozkurt, Bağlam, s. 6.

⁴⁹ Erich Brodmann, *Aktienrecht Kommentar*, de Gruyter, 1928, § 222, N. 4; Schinzler, s. 29; von Graffenried, s. 32; Giger, s. 18; Walter s. 10; Richard Holzhammer/Marianne Roth, *Gesellschaftsrecht*, 2. Auflage, Springer Verlag, 1997, s. 148; Künzli, s. 7; Schrötter, Hans-Jörg: “Die Kapitalbezogene Struktur der Aktiengesellschaft als magische Grenze aktienrechtlichen Überfremdungsschutzes”, *Zeitschrift für Rechtspolitik*, Heft 10, 1976, s. 242; Bozkurt, Bağlam, s. 6.

⁵⁰ von Greyerz, s. 16.

⁵¹ von Büren/Walter/Rolf, N. 20.

⁵² Obrecht, s. 38. Şirketin kendi paylarını iktisap yasağının arkasında da bu gerekçe yatmaktadır. Bkz. Tekil, s. 380. *Domanıç* de “şirketteki hisselerin sahipsiz kalması ise TK 408 dışında bahis konusu değildir.” demiştir. Bkz. Hayri Domanıç, *Anonim Şirketler*, Eğitim Yayınları, 1978, s. 907.

değişmez⁵³. Gerçekten, pay ile pay sahipliği kavramı arasındaki fark göz ardı edilmemelidir. Bir pay sahibi, sahibi olduğu paylarını devrederek ortaklıktan ayrılabilir; ancak onun doldurduğu mevkii, devir ile ortadan kalkmaz, aksine payı devrettiği kişi tarafından doldurulmuş olur⁵⁴. Bu yüzden payın devri, anonim şirket sisteminde “hayatî” öneme sahiptir.

Anonim şirketler sisteminde, ayrılma hakkının tanınmaması, kendi içinde tutarlı bir yaklaşımdır. Şahıs şirketlerindeki gibi, teknik anlamda ayrılma hakkının tanınması, anonim şirkette çözümü güç sorunlar yaratırdı. Zira şahıs şirketlerinde ortak şirketten çıkarıldığı veya ayrıldığı anda, ayrılma payını da çekerek götürür (TTK m. 260)^{55,56}. Oysa anonim şirketin malvarlığının önemli bir parçasını, belirli sermaye oluşturur. Belirli sermaye ise pay sahiplerinin taahhüt ettiği veya ödediği sermaye paylarının toplamından müteşekkildir. Şirket bu sermaye ve malvarlığı değerleri sayesinde iş yapar, kredi alır, faaliyet ve varlığını sürdürür. Bu sermaye alacaklılar için sınırlı sorumluluk ilkesinin yarattığı sakıncaları gidermek için de bir güvencedir. Bu yüzden, pay sahiplerinin dilediği an şirketten ayrılması, aslında ödediği sermaye payını bir açıdan geri çekmesi (*Abfindungsverbot*⁵⁷) anlamına gelir ki, bu malvarlığının korunması ilkesi ile çelişir (TTK m. 480; OR Art. 680)⁵⁸. Bu, aynı zamanda

⁵³ Obrecht, s. 38; Giger, s. 19; Baldi, s. 27; Spörri, s. 162; Portmann, s. 20; von Büren/Walter/Rolf, N. 19, 250; Künzli, s. 7; Arslanlı, *Anonim Şirketler*, s. 134-135.

⁵⁴ Fadıl Cerrahoğlu, “Anonim Şirketlerde Pay”, *Ankara Ticaret Odası Dergisi*, 45, 1968, s. 10.

⁵⁵ Ayrılma payı kavramı ve bunun uygulama alanı ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Mario Schaedler, *Die Abfindung des ausscheidenden Gesellschafters*, Schulthess Verlag, 1962, s. 7 vd.

⁵⁶ Ancak TTK değişik hükümleri ile ayrılma akçesini hükme bağlamıştır. Örneğin, TTK m. 141, 208 (birleşme ve hâkim ortaklık ilişkilerinde). Daha ilginç, sermaye şirketi karakteri güçlendirilen limited şirkette de ayrılma akçesi düzenlemesi yapılmıştır (TTK m. 641 vd.).

⁵⁷ Schulthess, s. 3; Bozkurt, Bağlam, s. 7.

⁵⁸ TTK m. 480’de, pay sahiplerinin şirkete sermaye olarak verdiklerinin iade edilemeyeceği; tasfiye payına ilişkin hakların ise saklı olduğu ifade olunmuştur. Şirketin tasfiye haline gelmesi durumunda pay sahibi belli koşullarda, tasfiye payını alma hakkına sahip olacaktır. Şirketin infisahı halinde her pay sahibi infisah eden şirket mallarının kullanılması hakkında esas sözleşmede başkaca bir hüküm olmadığı takdirde, tasfiye sonucuna payı oranında katılma hakkına sahiptir (TTK m. 507). Pay sahibinin tasfiye payını talep edebilmesi için şirketin infisah etmiş olması ve en önemlisi alacaklıların alacaklarını almış olması gerekir (Bkz. Tuğrul Ansay, *Anonim Şirketler Hukuku*, 6. Bası, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 1982, s. 244). Sermaye payını iade yasağı ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Doğan, s. 48 vd.; Schulthess, s. 3; Forstmoser, Peter/Meier-Hayoz/Nobel, § 16, N. 69 vd, 300; Spörri, s. 166; Marxer, s. 135; von Greyerz, s. 14; von Büren/Stoffel/Weber, N. 7, 1008; Trüeb, s. 2; Künzli, s. 7; Barbara Grünewald, “Das Recht zum Austritt aus der Aktiengesellschaft”, *Festschrift für Carsten Peter Clausen*, 1997, s. 103; Kalss, s. 366.

belirli (esas) sermaye sistemi ve (esas) sermayenin paylara bölünmesi gereği ile de bağdaşmaz. Zira anonim şirketin sermayesi “*belirli*”dir. Pay sahibinin şahıs şirketinde olduğu gibi, şirketten ayrılma payını alarak çıkması sermayenin “*belirsiz* (değişir sermaye)” olmasına neden olur.

Yine anonim şirkette pay sahibinin haklı nedenlerle şirketi fesih yolu da -kural olarak- kapalıdır⁵⁹. Çünkü bir şirkette, pay sahipleri paylarını serbestçe devredebiliyorsa orada ortağa *bireysel bir hak olarak* haklı nedenle şirketi fesih yolu kapatılmıştır⁶⁰. Bu yüzden pay sahibinin şirketten ayrılmasının en önemli yolu, payını devrederek şirketten ayrılmak ve bu yolla da daha önce koyduğu sermayeyi veya yatırımı kâr veya zararlar geri çekmektir⁶¹. Ayrılma hakkının yarattığı boşluk ise pay devrinin serbestliği ile telâfi edilmiştir. Aslında payın serbest şekilde devredilebilirliği bir tür çıkma hakkı olarak da kabul edilebilir⁶². Böylece pay sahibinin sermaye payını geri çekmesi mümkün olmasa da pay devri yoluyla uygun bir alıcı bulmak şartıyla- her zaman payın karşılığını az ya da çok elde etme olanağına sahip olacaktır⁶³. Bu yöntem ise şirket malvarlığına zarar vermez, zira pay bedeli şirketten alınmaz⁶⁴.

C. İlkenin Uygulama Alanı

Pay sahibinin payını devretme hakkı hem nama hem hamiline yazılı

⁵⁹ TTK m. 531’de istisnâ bir yol olarak haklı nedenle fesih olanağı sağlanmıştır. Hükümde, esas sermayenin en az %10 veya %5’ini temsil eden pay sahiplerinin, haklı nedenlerin varlığı hâlinde şirketin feshini isteyebileceği; ancak hâkimin dilerse bunun yerine, amaca uygun diğer bir çözümlü benimseyebileceği ifade edilmiştir. Kurum, İsviçre hukukuna 1936 reformu ile girmiş; 1991 reformunda da bazı değişikliklerle muhafaza edilmiştir (OR Art. 736/IV). Ayrıntılı bilgi için bkz. Philipp Habegger, *Die Auflösung der Aktiengesellschaft aus wichtigen Gründen*, Stämpfli Verlag, 1996, s. 30 vd.; Nuri Erdem, *Anonim Ortaklığın Haklı Sebep Feshi*, Vedat Kitapçılık, 2012; Ayşe Sumer, “Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’nda Anonim Ortaklıkların Haklı Nedenle Feshi”, *Marmara Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, 28(1), 2010, s. 171 vd.; Özlem İlbasmış Hızlısoy, *Anonim Şirketin Haklı Sebep Feshi*, Adalet Yayınevi, 2016. eTTK’da ise bu yönde bir hüküm yoktur. Sadece esas sözleşmeye bu yönde hüküm konulması olanağı bulunuyordu (eTTK m. 434/6).

⁶⁰ Grünwald, s. 113.

⁶¹ Kläy, s. 9; Bozkurt, Bağlam, s. 7.

⁶² Pugatsch, s. 26; Niklaus Carl Widmer, *Die Abspaltung der Aktionärrechte*, Dike Verlag, 1968, s. 70 vd.; Alfred Wieland, “Zum Stimmrecht der vinkulierten Namenaktie”, *Schweizerische Juristen Zeitung*, 48, 1952, s. 19-20; Schmitt, s. 199; Kalss, s. 366. *Pugatsch*, anonim şirkette ayrılmanın pay devri yoluyla gerçekleşmesinden hareketle, pay sahiplerinin ayrılma hakkının pay sahiplerinin paylarını serbestçe devredebilme hakkı şeklinde tezahür ettiğini belirttiğinden sonra, serbest devir hakkının bu nedenle sınırlandırılabilmesini ifade etmektedir. Bkz. s. 26.

⁶³ von Büren/Stoffel/Weber, N. 250; Bozkurt, Bağlam, s. 7.

⁶⁴ Baldi, s. 27; Bozkurt, Bağlam, s. 7.

paylar için söz konusudur. TTK m. 339/1-d bendi uyarınca “Pay senetlerinin nama veya hamiline yazılı olacakları”nın esas sözleşmeye yazılması gerekir. Anonim şirketlerde, pay sahibinin paylarını serbestçe devredebilme hakkı hem bu iki tür pay ve pay senedini, hem de bunlar için çıkarılacak ilmühaberleri kapsar (TTK m. 486). İlmühaberler bakımından nama yazılı pay senetleri ile ilgili hükümler kıyasen uygulanır.

Hamiline yazılı pay senetlerinin üstün piyasa gücü karşısında, bunların devrine şirket sözleşmesi ile sınırlama getirilmesi mümkün değildir⁶⁵. Başka bir deyişle, hâmiline yazılı pay senetleri bakımından, pay devrinin serbestliği ilkesi mutlak bir ilke, bu senetlerdeki içkin bir özellik ve *mutlak müktesep haktır*⁶⁶. Böylece hâmiline yazılı pay senetlerinde- nama yazılı olanların aksine-

⁶⁵ Tekinalp [Poroy/Çamoğlu], C. II, N. 1113a. [*Tekinalp*, sadece şu durumu mümkün görmektedir. Münferit pay sahibi ile anonim şirket arasında özel sözleşmeler yoluyla tedavüle sınır konulması ve bunun da şirket sözleşmesi ile yapılmaması gerekir. *Graffenried* de ancak borçlar hukuku anlamında yapılacak bir sözleşme ile devir sınırlamaları olabileceğini ifade eder (s. 37, dn. 94). Benzer görüş için bkz. Bürgi, *Zürcher Kommentar*, Art. 683, N. 16-17; Walter René Schlupe, *Die wohlerworbenen Rechte des Aktionärs und ihr Schutz nach schweizerischem Recht*, Schulthess Verlag, 1955, s. 122; Johann Schießl, *Die Vinkulierte Namensaktie im deutschen und schweizerischen Recht*, 1957, s. 3; Andreas Binder, *Die Verfassung der Aktiengesellschaft*, Rüegger Verlag, 1988, s. 128; Alfred Wieland, “Zur Übertragbarkeit und Übertragungsform unbeurkundeter Aktienrechte und von Aktienanrechten”, *Schweizerische Aktiengesellschaft*, 21(1948/49), s. 148 vd; Meier, N. 5.14; Böckli, § 4, N. 100; von Greyerz, s. 75; Arslanlı, *IÜHFM 1958*, s. 282; Arslanlı, *Anonim Şirketler*, s. 168; Schweri, s. 24; Hansjürg Lenhard, *Der Erwerb von vinkulierten Namenaktien infolge Erbanges*, 1975, s. 5; Harald Schmid, *Die Umwandlung von Inhaberin Namenaktien und umgekehrt einschließlich der Vinkulierung und Devinkulierung von Namenaktien nach schweizerischem und deutschem Recht*, Triltsch Verlag, 1956, s. 20; Schinzler, s. 30; A. Garcia Mateos Miguel, *Das neue Recht der Namensaktie*, Peter Lang Verlag, 2005, s. 47; Pfitzmann, s. 140; Domaniç, *Anonim Şirketler*, s. 915; Hayri Domaniç, *Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulaması*, TTK Şerhi II, Temel Yayınları, 1988, s. 1271; İrfan Baştuğ., *Şirketler Hukukunun Temel İlkeleri*, İstiklal Matbaası, 1974, s. 330; Abuzer Kendigelen, *Anonim Ortaklık Payı Üzerinde İntifa Hakkı*, Beta Yayınevi, 1994, s. 11; Sevi, s. 221 vd.; Pulaşlı, *Bağlı Nama Yazılı*, s. 123; Hasan Pulaşlı, *Şirketler Hukuku Şerhi*, C. III, 4. Bası, Adalet Yayınevi, 2022, § 45, N. 78.

Alman hukukunda da hâmiline yazılı pay senetlerine “aynî etki doğuracak şekilde” devir sınırlaması getirilmesi mümkün görünmemektedir. Aksi kanıt yolundan, tarafların kendi aralarında yaptığı “nispi etki” doğuracak sınırlamaların caiz olduğu anlaşılmaktadır. Bkz. Franz Schlegelberger/Leo Quassowski, *Aktiengesetz vom 30. Januar 1937*, 1937-1938, § 61, N. 11; Dirk Uhlenbruck, “Der Schutz von Familien-Aktiengesellschaften gegen das Eindringen unerwünschter Aktionäre”, *Der Betrieb*, Heft 45, 1967, s. 1928; Ernst Geßler/Wolfgang Hefermehl/Ulrich Eckhardt/ Bruno Kropff, *Aktiengesetz, Band I (§§ 1-75)*, De Gruyter, 1984, § 68, N. 43. Bu konuda ayrıca bkz. Tamer Bozkurt, “Alman Anonim Şirketler Hukukunda Bağlı Nama Yazılı Paylar”, Prof. Dr. Rıza Ayhan’a Armağan, Yetkin Yayınevi, 2022, s. 1047.

⁶⁶ Schlupe, s. 122.

şirket pay sahipleri çevresini belirleme olanağını da belli oranda kaybeder. Bu durum hâmiline yazılı senedi sahipleri ve piyasa güvenliği için olumlu işlevler yerine getirirken şirket açısından dezavantajlı bir konum üstlenir. Örneğin bir genel kurul toplantısında, bu senetleri satın alan bir ortaklar grubu, diğer pay sahipleri için “sürpriz” niteliğinde olabilir⁶⁷. Bununla birlikte şirketin gerçek anlamda anonimliği de bu yolla sağlanır⁶⁸.

Türk hukukunda 2020 yılına kadar hâmiline yazılı pay senetleri ile ilgili sistem bu yönde iken, 27.12.2020 tarih ve 7262 sayılı Kanun⁶⁹ ile TTK'nın 489. maddesinde yapılan değişiklikle hamiline yazılı pay senetlerinin devrinin, şirket ve üçüncü kişiler hakkında, ancak zilyetliğin geçirilmesi suretiyle payı devralan tarafından Merkezi Kayıt Kuruluşu'na yapılacak bildirimle hüküm ifade edeceği, Merkezi Kayıt Kuruluşu'na bildirimde bulunulmaması hâlinde, hamiline yazılı pay senedine sahip olanların bu Kanundan doğan paya bağlı haklarını gerekli bildirim yapıncaya kadar kullanamayacağı düzenlemesi yapılmıştır. Böylece her ne kadar bir devir sınırlaması niteliğinde olmasa da eskisi gibi basit bir zilyetlik devri ile hamiline yazılı pay senetlerinin devri artık mümkün olmayacaktır. Anonim şirket de tıpkı nama yazılı pay senedi sahiplerini pay defteri kayıtlarından takip edebildiği gibi, hamiline yazılı pay senedi sahiplerini de MKK kayıtlarından izleyebilecek, genel kurul toplantısından önce hazır bulunanlar listesi oluşturulurken MKK kayıtlarını esas alınacaktır (TTK m. 415)⁷⁰. Bu hüküm şirketin halka açık olması ya da olmamasından tamamen bağımsız olarak uygulama alanı bulur⁷¹.

Nama yazılı pay senetleri için pay devrinin serbestliği ilkesi temel bir ilke olsa da bazen yasal (TTK m. 647/3, 491), bazen esas sözleşmesel nedenlerle, devir serbestisine istisnalar getirilebilmektedir. Daha açık deyişle, nama yazılı pay senetlerinin serbest devri, temel bir ilke olmakla birlikte bu özellik hâmiline yazılı pay senetleri kadar mutlak olmadığı gibi, bu senetlerin “*sine qua non*” özelliklerinden değildir.

⁶⁷ Meier, N. 5.14.

⁶⁸ von Greyerz, s. 75.

⁶⁹ “Kitle İmha Silahlarının Yayılmasının Finansmanının Önlenmesine İlişkin Kanun”, RG, 31.12.2020, 5. Mük. S. 31351.

⁷⁰ Bu düzenlemelerin çıkış noktası ile ilgili ayrıntılar için bkz. Muharrem Tütüncü, “Anonim” Şirketin Sonu: Hamiline Yazılı Pay Senetleri İçin Öngörülen Yeni Düzenlemeler, *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 16(2), 2017, s. 749 vd.

⁷¹ Pulaşlı, *Şirketler Hukuku Şerhi*, C. III, § 71a.

Anonim şirketlerin kuruluşundan (veya sermaye artırımı) sonra, fakat pay senedi çıkarılmasından önce, ara dönemde çıkarılan ilmühaberler için de serbestçe devredilme ilkesi geçerlidir. Zira, yukarıda belirtildiği gibi ilmühaberler hakkında, nama yazılı pay senetleri ile ilgili hükümler kıyasen uygulanır (TTK m. 486).

İlmühaberler ister nama ister hâmiline yazılı senedin yerini tutsun, konu tartışmalı olmakla birlikte⁷² nama yazılı olarak çıkarılır⁷³. Dolayısıyla burada ikili bir ayırım yapılması gerekir. İlmühaberler nama yazılı paylar için çıkarılıyorsa, yasal ya da statüsel bir devir engeli olmadıkça (TTK m. 491; 493 vd.) sahibinin bunları serbestçe devretme hakkı vardır⁷⁴. Ancak bedelleri tamamen ödenmemiş nama yazılı pay senetleri yerine çıkarılan ilmühaberler de TTK m. 491 gereğince yasal bağlam kurallarına tâbidir⁷⁵.

İkinci olasılık hâmiline yazılı paylar için çıkarılan nama yazılı ilmühaberlerdir. Karşılığı tamamen ödenmeden hâmiline yazılı pay senedi çıkarılması mümkün olmamasına rağmen (TTK m. 484/2), hâmiline yazılı pay için çıkarılan nama yazılı ilmühaberinin karşılığı ödenmiş veya ödenmemiş olabilir. Bunların karşılığı tamamen ödenmişse bunlar esas sözleşmesel bağlama tâbi olmayacaktır⁷⁶. Çünkü bunlar her ne kadar nama yazılı ise de yerini tuttuğu “kök” pay, hâmiline yazılıdır ve bağlam kuralları hâmiline yazılı payı kapsamaz. Bu olasılıkta karşılıkları ödendiği için yasal bağlamın da bir anlamı yoktur. Buna karşılık, karşılığı tamamen ödenmeden hâmiline yazılı payın yerine nama yazılı ilmühaber çıkarılmışsa, bunlar sadece yasal bağlama tâbidir⁷⁷. Statüsel bağlam, yukarıdaki gerekçelerle bunlar için yine işlemez.

⁷² Bkz. Tekinalp [Poroy/Çamoğlu], 2009, N. 1200; Tekinalp [Poroy /Çamoğlu], C. I, N. 1200.

⁷³ Bkz. Savaş Bozbel, “Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Anonim Ortaklıkta Payın Devri”, *Anonim Şirketler ve Sermaye Piyasası Hukukunda Güncel Gelişmeler, Türk-Alman Uluslararası Sempozyumu (25-26 Haziran 2010)*, s. 207; Tekinalp [Poroy /Çamoğlu], C. II, N. 1205, 1207-1208; Pulaşlı, *Şirketler Hukuku Şerhi, C. III*, § 50, N. 6. Karş. Uzel, s. 109, dn. 40.

⁷⁴ Devir şekli ile ilgili olarak bkz. Pulaşlı, *Şirketler Hukuku Şerhi, C. III*, § 50, N. 3a vd.

⁷⁵ Bkz. Pulaşlı, *Şirketler Hukuku Şerhi, C. III*, § 50, N. 4.

⁷⁶ Pulaşlı, *Şirketler Hukuku Şerhi, C. III*, § 50, N. 6. Ayrıca bkz. Bürgi, *Zürcher Kommentar, Art. 686*, N. 5; Widmer, s. 42; Uzel, s. 109-110.

⁷⁷ Bürgi, *Zürcher Kommentar, Art. 686*, N. 5; Peter Lutz, *Vinkulierte Namenaktien, Insbesondere ihr Erwerb ohne Rechtsgeschäft*, Stämpfli Verlag, 1988, s. 36; Pulaşlı, *Bağlı Nama Yazılı*, s. 123-124, 144; Pulaşlı, *Şirketler Hukuku Şerhi, C. III*, § 50, N. 7; Mehmet Bahtiyar, “Anonim Ortaklıkta Payların Üçüncü Kişilere Satılması Durumunda Diğer Ortaklara Önalım Hakkı Taniyan Ana sözleşme Hükümleri ve Etkisi”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi* 11(2), 2001, s. 83-127.

SONUÇ

Anonim şirketin sermaye yapısı ve alacaklıların korunması gayeleri, şirketten ayrılmayı farklı ve özel şekillerde düzenlemeyi zorunlu kılmış; anonim şirkette bir pay sahibinin şirketten ayrılmak istemesi, -diğer istisnaî hâller dışında- özellikle payın devrine bağlanmıştır. Bu yüzden de pay sahibine kural olarak istediği an payını devrederek pay sahipliği mevkiini bırakma hakkı tanınmıştır. Çünkü ıskat gibi istisnaî haller hariç, bir pay sahibinin iradesi dışında pay sahipliği haklarının elinden alınması mümkün değildir.

Anonim şirkette şahıs şirketlerindeki gibi ayrılma hakkının tanın(a) maması madalyonun bir yüzü iken, diğer yüz bu (mecburî) eksikliği pay devrinin serbestliği ile doldurmaktadır. İşin özünde, pay devrindeki serbestlik ilkesi, şahıs şirketlerindeki ayrılma hakkının anonim şirkete uydurulmuş bir versiyonudur. Şahıs şirketlerinde, ayrılan ortak ayrılma payını şirket malvarlığından alır (TTK m. 260 vd). Ancak bu, ortakların sorumluluk rejimi dolayısıyla alacaklılar açısından bir sorun teşkil etmez. Anonim şirkette ise pay sahibi payını devrettiğinde, eğer pay bedelinin tamamını ödemişse, daha önce şirkete ödediği pay bedelinin karşılığını şirketten değil, bilakis payı devrettiği kişiden alır. Açık deyişle şirketin esas sermayesinin kendisine düşen kısmı zaten tamamlanmıştır ve şirket malvarlığını tehdit eden bir durum yoktur. Eğer pay bedeli tamamen ödenmemişse⁷⁸ bu paylar şirketin onayı olmadan devredilemez. Şirket bu durumda ödeme gücünü şüpheli gördüğü müktesipten teminat isteyebileceği gibi (TTK m. 491), devre onay verdiği durumlarda dahi yasa gereği, devralan geri kalan kısmı şirkete ödemek zorunda kalır (TTK m. 501). Bu durumda dahi, karşılığı tamamen ödenmeden nama yazılı payını devreden pay sahibi yüzünden, esas sermayenin onun tamamlaması gereken kısmı, yeni pay sahibi tarafından doldurulacaktır. Bu olasılıkta yasal bağlam konulması zorunluluğunun bu gerçeklikte aranması gerekir.

Esas sermayenin bir parçasını oluşturan payların serbestçe devri ilkesi, bir yandan şirketin pay sahipleri çevresini belirleyebilme olanağını kaybetmesi ile sonuçlanır. Ancak anonim şirket şeklindeki bir örgütlenmede “*anonimlik*” zaten bu anlama gelmektedir. Zira anonim şirket yapısında, pay sahiplerinin kimliği ve kişiliği, ilke olarak önem arz etmediği için şirket, pay sahibinin payını serbestçe devredebilmesi sayesinde, pay sahiplerinin kimlerden

⁷⁸ Bu durumda o paylar için “*nicht voll liberierten Namenaktien*” ifadesi kullanılmaktadır. Terim ilginçtir. Açık deyişle “*nicht einbezahlte Namenaktien*” ibaresi yerine, “*özgürleşmemiş*” nama yazılı pay senetleri terimi tercih edilmiştir. Özgürleşmemesi, devrin yasadaki kaynaklanan sınırlara tâbi olmasını daha iyi yansıtmaktadır. Bu tercih yasada yer almaktadır (eOR Art. 686/IV; OR Art. 493/IV).

oluşacağı veya oluşmayacağını da kontrol edemez. Bu tarz bir kontrol mekanizması ilke olarak esas sözleşmeye, Türk Ticaret Kanunu'nda cevaz verilen şekilde “*bağlam*” klozları konularak gerçekleştirilebilir ve bu yolla devir sınırlanabilir. Eğer esas sözleşmede kanuna uygun devir sınırlamaları bulunmuyorsa ya da karşılığı ödenmemiş bir nama yazılı pay devredilmiyorsa serbestlik tam anlamıyla devrededir ve şirketin, kendi pay sahibinin payını devretmesini engelleyebileceği bir olasılık yoktur. Pay sahibi, payını serbestçe devreder ve payı devralan müktesip de şirket tarafından tanınarak pay defterine kaydedilir.

Hamiline yazılı pay senetleri devre konu olmuşsa, devir usulüne uygun şekilde gerçekleşmişse, bu olasılıkta tam bir serbestlik söz konusudur ve şirketin, devralanı tanımama olasılığı yoktur. Bu senetlerde sadece devrinin şirket ve üçüncü kişiler hakkında, artık sadece zilyetliğin geçirilmesi ile değil, aynı zamanda Merkezi Kayıt Kuruluşu'na yapılacak bildirimle hüküm ifade edeceği, aksi takdirde hamiline yazılı pay senedine sahip olanların Türk Ticaret Kanunu'ndan doğan paya bağlı haklarını gerekli bildirim yapılınca kadar kullanamayacağı düzenlemesi, sadece pay sahiplerinin Devlet ve anonim şirket tarafından takip edilebilmesini sağlayan bir mekanizmadır. Yoksa bu yeni değişiklikten sonra da hamiline yazılı pay senedi sahibi pay senetlerini istediği kişiye devredebilir ve bu konuda esas sözleşme ile kendisine bir sınır konulamaz. Bu hüküm açıkçası devralana, zilyetliğin devri yolu ile sahip olduğu *pay senetlerinden doğan haklarını kullanabilmesi için* getirilmiş kamusal bir yüküm olarak karşımıza çıkmaktadır. Dolayısıyla hamiline yazılı pay senetlerinin devrinde, pay defteri bağlantısının olmamasının da etkisi ile hamil istediği zaman, istediği kişiye, istediği bedelle, yalnızca zilyetliğin devri ile haklarını devredebilir, arkasından MKK bildirimini ile haklarını şirkete karşı da kullanabilir hale gelir. Açıkçası buradaki durum adeta nama yazılı paylarda pay defterine kaydın etkisi ile eşdeğer bir hale getirilmiştir. Zira nama yazılı pay ve pay senetlerinde devralan kişi pay defterine kaydedilmezse, temeldeki devir işlemi geçerli ve kurucu şekilde yapılmış olsa bile şirkete karşı pay sahipliği sıfatını ileri süremez (TTK m. 499/4). Hamiline yazılı pay senetlerinde de aynı şekilde pay defterine kaydın yerini, MKK'ya bildirim almıştır. Çünkü bildirim yapılmaması temel işlemin geçersizliği sonucunu doğurmayacak, sadece bildirim yapılınca kadar pay sahipliği hakları kullanılamayacaktır. Hamiline yazılı pay senetleri bakımından müktesibin burada dikkat edeceği en önemli nokta, bu senetlerin bedellerinin tamamen ödenip ödenmediğini araştırmasıdır. Zira illi kıymetli evrak niteliğindeki hamiline yazılı pay senetlerinde, bu olasılık pay senetlerinin geçersizliğine yol açacağı için kanımızca TMK m. 990'ın işletilerek emin sıfatıyla zilyet

olmayan kişiden salt iyiniyetle hak kazanılacağı kuralı, karşılığı ödenmeden çıkarılmış hamiline yazılı pay senetleri için geçerli olmayacaktır. Zira bunlar hukuken geçersizdir. Ancak bu tür senetleri çıkarana karşı, tazminat davası açılabilir (TTK m. 484/2-c. 2).

KAYNAKÇA

- Akça K, “Anayasa Mahkemesi Kararlarında Mülkiyet Hakkı”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 6(3), 2015, s. 543 – 596.
- Akıllıoğlu T, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Mülkiyet Hakkı ve Kazanılmış Hak Üzerine Bazı Gözlemler”, *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, 5(2), 2012, s. 9-27.
- Akıncı Albayrak Ö, *Anonim Şirketler Hukukunda Şirket Malvarlığının Korunması*, On İki Levha Yayıncılık, 2022.
- Arsanlı H, “Anonim Şirkette Pay ve Pay Sahipliği”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 23(3), 1958 , s. 248-290 (İÜHF 1958).
- Arsanlı H, *Anonim Şirketler, Umumî Hükümler I*, 3. Bası, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1960 (Anonim Şirketler).
- Ayhan R, *Limited Şirketlerde Ortakların Sorumluluğu*, Kazancı Yayınları, 1992.
- Bahtiyar M, “Anonim Ortaklıkta Payların Üçüncü Kişilere Satılması Durumunda Diğer Ortaklara Önalım Hakkı Taniyan Ana sözleşme Hükümleri ve Etkisi”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi* 11(2), 2001, s. 83-127.
- Baldi P, *Über die Gewährleistungspflicht des Verkäufers von Aktien, insbesondere beim Verkauf aller Aktien einer Gesellschaft*, Schulthess Verlag, 1976.
- Baştuğ İ, *Şirketler Hukukunun Temel İlkeleri*, İstiklal Matbaası, 1974.
- Baudenbacher C, *Grundzüge des Gesellschaftsrechts*, Wissenschaftlicher Verlag, 1990.
- Beeler G, *Die Wertpapiere im schweizerischen Recht*, 1937.

- Benz U, “Gelockerte Vinkulierung”, *Neues zum Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht, zum 50. Geburtstag von Peter Forstmoser*, 1993, s. 55-68.
- Binder A, *Die Verfassung der Aktiengesellschaft*, Rüegger Verlag, 1988.
- Bohrer A, *Unfriendly Takeovers-Unfreundliche Unternehmensübernahmen nach schweizerischem Kapitalmarkt-und Aktienrecht*, Schulthess Verlag, 1997.
- Bollmann H, *Das Ausscheiden aus Personengesellschaften*, Schulthess Verlag, 1971.
- Bozbel S, “Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Anonim Ortaklıkta Payın Devri”, *Anonim Şirketler ve Sermaye Piyasası Hukukunda Güncel Gelişmeler, Türk-Alman Uluslararası Sempozyumu (25-26 Haziran 2010)*.
- Bozkurt T, “Alman Anonim Şirketler Hukukunda Bağlı Nama Yazılı Paylar”, *Prof. Dr. Rıza Ayhan'a Armağan*, Yetkin Yayınevi, 2022, s. 1037-1111 (Alman).
- Bozkurt T, *Anonim Şirketlerde Pay Devrinin Sınırlandırılması (Bağlam)*, 2. Tıpkı Bası, Yetkin Yayınevi, 2023 (Bağlam).
- Bozkurt T, *Şirketler Hukuku*, 15. Bası, Yetkin Yayınevi, 2023 (Şirketler).
- Böckli P, *Schweizer Aktienrecht*, Schulthess Verlag, 2009.
- Brodmann E, *Aktienrecht Kommentar*, de Gruyter, 1928.
- Büren R/Egen M, “Austrittsrechte für Aktionäre-Handlungsbedarf im schweizerischenrecht? *Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht*, Heft 6, 2006, s. 393-406.
- Bürgi W, *Zürcher Kommentar, 5. Teil, Die Aktiengesellschaft, B. 1, Rechte und Pflichten der Aktionäre (Art. 660-697)*, Schulthess Verlag, 1957.
- Cerrahoğlu F, “Anonim Şirketlerde Pay”, *Ankara Ticaret Odası Dergisi*, 45, 1968, s. 9-10.
- Contat J, *Wertpapiere und Beweisurkunden des Gesellschaftsrechts*, Leemann Verlag, 1932.

- Çamoğlu E, “Limited Ortakların Selef Sıfatıyla Sorumluluğu”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi* 6(3), 1972, s. 503-518.
- Çoştan H, *TTK Tasarısı'nın Yeniden Yapılanma Kararlarını Düzenleyen Hükümleri*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 2009.
- Doğan B F, “Anonim Şirketlerde Sermaye Payını Geri Ödeme Yasağı”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 56, 2005, s. 48-60.
- Domaniç H, *Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulaması, TTK Şerhi II, Temel Yayınları*, 1988 (Şerh).
- Domaniç H, *Anonim Şirketler*, Eğitim Yayınları, 1978 (Anonim Şirketler).
- Erdem N, *Anonim Ortaklığın Haklı Sebep Feshi*, Vedat Kitapçılık, 2012.
- Eriş G, *Anonim Şirketler Hukuku*, Seçkin Yayınevi, 1995.
- Forstmoser P/Meier-Hayoz A, *Einführung in das schweizerische Aktienrecht*, Stämpfli Verlag, 1980.
- Forstmoser P/Meier-Hayoz A/Nobel P, *Schweizerisches Aktienrecht*, Stämpfli Verlag, 1996.
- Gemalmaz B H, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı*, 2. Bası, Beta Yayınevi, 2017.
- Georg W, *Die nicht voll einbezahlte Aktie*, Schulthess Verlag 1948.
- Geßler E/Hefermehl W/Eckhardt U/Kropff B, *Aktiengesetz, Band I (§§ 1-75)*, De Gruyter, 1984.
- Giger E, *Der Erwerb eigener Aktien*, Stämpfli Verlag, 1995.
- Grünewald B, “Das Recht zum Austritt aus der Aktiengesellschaft”, *Festschrift für Carsten Peter Claussen*, 1997, s. 103-113.
- Guhl T (Bear: Kummer/Druey), *Das schweizerische Obligationenrecht, mit Einschluß des Handels- und Wertpapierrechts*, Schulthess Verlag, 1991.
- Guhl T, “Übertragbarkeit von Namenaktien und Verweigerung der Eintragung im Aktienbuch”, *Schweizerische Aktiengesellschaft (1992'den sonra SZW)*, 13 (1940/41), s. 29-36.

- Guhl T, *Das Recht der Gesellschaft mit beschränkter Haftung in der Schweiz GmbH*, Schulthess Verlag, 1937.
- Habegger P, *Die Auflösung der Aktiengesellschaft aus wichtigen Gründen*, Stämpfli Verlag, 1996.
- Handschein L, *Gesellschaftsrecht*, Schulthess Verlag, 2007.
- Hanife D, *Limited Şirket Ortağının Ayrılması ve Ayrılma Payı*, Yetkin Yayınları, 2005.
- Hans-Jörg S, “Die Kapitalbezogene Struktur der Aktiengesellschaft als magische Grenze aktinrechtlichen Überfremdungsschutzes”, *Zeitschrift für Rechtspolitik*, Heft 10, 1976, s. 241-242.
- Henggeler R, *Die Namenaktie und ihre Vinkulierung*, Sauerländer Verlag, 1948.
- Hızır S, “6098 sayılı (Yeni) Borçlar Kanunu’nun 633’üncü Maddesine Göre Adi Şirketten Çıkmanın ve Çıkarılmanın Genel Şartları ve Usulü”, *Sarper Süzek’e Armağan, C. III*, 2011, s. 2817 vd.
- Holzhammer R/Roth M, *Gesellschaftsrecht*, 2. Auflage, Springer Verlag, 1997.
- İlbasmış Hızlısoy Ö, *Anonim Şirketin Haklı Sebeple Feshi*, Adalet Yayınevi, 2016.
- İmregün O, *Kara Ticareti Hukuku Dersleri (Genel Hükümler-Ortaklıklar-Kıymetli Evrak)*, 11. Bası, Filiz Yayınevi, 1996.
- Kalss S, “Das Austrittrecht als modernes Instrument des Kapitalgesellschaftsrechts”, *Wirtschaftsrechtliche Blätter*, 15 Januar 2001, s. 366-378.
- Karayağcın Y, *Ticaret Hukuku I, Şirketler Hukuku, Giriş-Adi Şirket-Ticaret Şirketleri*, 1973.
- Kaya M İ, “Büyük Pay Sahiplerinin Azınlığı Ortaklıktan Çıkarma Hakkı (Squeeze-Out-Right)”, *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 11(1-2), 2007, s. 307 vd.
- Kayar İ, *Şirketler Hukuku*, 2. Bası, Seçkin Yayınevi, 2007.

- Kendigelen A, “Adi Şirket, Ticaret Şirketleri ve Kooperatiflere İlişkin Payların Devrinde Şekil”, *Makalelerim, C. I (1986-2001)*, 2. Bası, Arıkan Yayınevi, 2006 (Devir).
- Kendigelen A, “Diğer Ticaret Şirketlerini (Kollektif, Komandit ve Limited Şirketleri) Anonim Şirkete Dönüştürmeye Yönelten Nedenler”, *Makalelerim, C. I (1986-2001)*, 2. Bası, Arıkan Yayınevi, 2006 (Dönüşüm).
- Kendigelen A, *Anonim Ortaklık Payı Üzerinde İntifa Hakkı*, Beta Yayınevi, 1994 (İntifa).
- Kendigelen A, *Yeni Türk Ticaret Kanunu, Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler*, 3. Bası, On İki Levha Yayınevi, 2016 (İlk Tespitler).
- Kırca İ/Şehirali Çelik, F H/ Manavgat Ç, *Anonim Şirketler Hukuku, Temel Kavram ve İlkeler, Kuruluş, Yönetim Kurulu*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 2013.
- Kläy, H, *Die Vinkulierung «Theorie und Praxis im neuen Aktienrecht»*, Helbing und Lichtenhahn Verlag, 1997.
- Kunz P V, *Der Minderheitenschutz im schweizerischen Aktienrecht*, Schulthess Verlag, 2001.
- Künzli M, *Die Veräußerung von Aktienmehrheiten aus zivilrechtlicher und steuerrechtlicher Sicht*, Rüegger Verlag, 1982.
- Lenhard H, *Der Erwerb von vinkulierten Namenaktien infolge Erbganges*, 1975.
- Lutz P, *Vinkulierte Namenaktien, Insbesondere ihr Erwerb ohne Rechtsgeschäft*, Stämpfli Verlag, 1988.
- Marxer F, *Die personalistische Aktiengesellschaft im liechtensteinischen Recht, eine Analyse unter besonderer Berücksichtigung des Rechts der Vinkulierung und der Aktionärbindungsverträge*, Schulthess Verlag, 2007.
- Meier R, *Die Aktiengesellschaft*, 3. Auflage, Schulthess Verlag, 2005.

- Meier-Hayoz A, “Personengesellschaftliche Elemente im Recht der Aktiengesellschaft”, *Festschrift für Walter Hug*, 1968, s. 377-395 (Personengesellschaftliche).
- Meier-Hayoz A/Forstmoser P, *Schweizerisches Gesellschaftsrecht*, 10. Auflage, Stämpfli Verlag, 2012.
- Meier-Hayoz A/Schlupe W/Ott W, “Zur Typologie im schweizerischen Gesellschaftsrecht”, *Zeitschrift für Schweizerisches Recht*, 90, 1971, I. Halbband, s. 295-338. Miguel A G M, *Das neue Recht der Namensaktie*, Peter Lang Verlag, 2005.
- Mimaröğlu S K, *Ticaret Hukuku, C. II, Ticaret Ortaklıkları Hukuku*, Sevinç Matbaası, 1972.
- Monica C, *Mülkiyet Hakkı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 1 No’lu Protokolünün 1. Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz*, (www.tbbyayinlari.barobirlik.org.tr/TBBBooks/mh-aihs.pdf-Erişim: 03.08.2023).
- Nilsson Okutan G, *Anonim Ortaklıklarda Payscaleleri Sözleşmeleri, Çağa Hukuk Vakfı Yayınları*, 2001.
- Obrecht P, *Bezugsrecht und Vinkulierung: zum Verhältnis zwischen dem Bezugsrecht der Aktionäre, dem Wandel- und Optionsrecht und der Vinkulierung von Namensaktien*, Juris Verlag, 1984.
- Önal B S, *Limited Şirketlerde Ortakların Sorumluluğu*, Adalet Yayınevi, 2007.
- Pfutzmann H, *Ausschluss und Austritt aus der personalistischen Kapitalgesellschaft*, Peter Lang Verlag, Lusane 1974.
- Poroy R/Tekinalp Ü/ Çamoğlu E, *Ortaklıklar Hukuku, C. I*, 15. Bası, Vedat Kitapçılık, 2021 (C. II).
- Poroy R/Tekinalp Ü/Çamoğlu E, *Ortaklıklar Hukuku, C. II*, 14. Bası, Vedat Kitapçılık, 2019 (C. I).
- Poroy R/Tekinalp Ü/Çamoğlu E), *Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku*, 11. Baskı, 2009 (2009).
- Pugatsch S, *Der Austritt des Aktionärs aus der personenbezogenen Aktiengesellschaft*, 1976.

- Pulaşlı H, Bağlı Nama Yazılı Pay Senetleri, Dayınlarlı Yayınları, 1992 (Pulaşlı, Bağlı Nama Yazılı).
- Pulaşlı H, Şirketler Hukuku Şerhi, C. III, 4. Bası, Adalet Yayınevi, 2022 (Pulaşlı, Şirketler Hukuku Şerhi).
- Pulaşlı H, Şirketler Hukuku, Genel Esaslar, 7. Bası, Adalet Yayınevi, 2021 (Pulaşlı, Genel Esaslar).
- Raiser T/Viel R, *Recht der Kapitalgesellschaftsrecht*, Verlag Vahlen, 2006.
- Rolf A M P, *Wege zur Perpetuierung der Aktiengesellschaft*, Stämpfli Verlag, 1983.
- Sanwald R, *Austritt und Ausschluss aus AG und GmbH*, Dike Verlag, 2009.
- Schaedler M, *Die Abfindung des ausscheidenden Gesellschafters*, Schulthess Verlag, 1962.
- Schießl J, *Die Vinkulierte Namensaktie im deutschen und schweizerischen Recht*, 1957.
- Schinzler V, *Die teileingezahlte Namensaktie als Finanzierungsinstrument der Versicherungswirtschaft*, VVW Verlag, 1999.
- Schlegelberger F/Quassowski L, *Aktiengesetz vom 30 Januar 1937, 1937-1938*.
- Schluep W R, *Die wohlerworbenen Rechte des Aktionärs und ihr Schutz nach schweizerischem Recht*, Schulthess Verlag, 1955.
- Schmid H, *Die Umwandlung von Inhaber- in Namenaktien und umgekehrt einschließlich der Vinkulierung und Devinkulierung von Namenaktien nach schweizerischem und deutschem Recht*, Tritsch Verlag, 1956
- Schmitt P, *Das Verhältnis zwischen Generalversammlung und Verwaltung in der Aktiengesellschaft*, Stämpfli Verlag, 1991.
- Schönhofer W, „Vinkulierungsklauseln“ betreffend Übertragungen unter Lebenden von Namensaktien und GmbH-Anteilen unter besonderer Berücksichtigung der Rechtslage in der Schweiz und in Frankreich, Blasaditsch Verlag, 1972.
- Schweri R, *Die Verpfändung von Namenaktien*, 1973.

- Sevi A M, *Anonim Ortaklıkta Payın Devri*, 4. Bası, Seçkin Yayınevi, 2018.
- Spörri E, *Eintritt und Austritt von Gesellschaftern bei den Handelsgesellschaften*, 1947.
- Sumer A, “Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’nda Anonim Ortaklıkların Haklı Nedenle Feshi”, *Marmara Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, 28(I), 2010, s. 171-181.
- Şar F, *Anonim Ortaklıklarda Malvarlığının Korunması İlkesi (İstanbul Üniversitesi Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi)*, 1995.
- Tekil F, *Anonim Şirketler Hukuku*, Alkım Yayınevi, 1998.
- Tekinalp Ü, “Anonim Ortaklıklarda Esas Sermayenin Azaltılması Yöntemleri ve Pay Sahiplerinin Hakları”, *İktisat ve Maliye Dergisi*, 18(6), 1971, s. 430 vd.
- Tuğrul A, *Anonim Şirketler Hukuku*, 6. Bası, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 1982.
- Tütüncü T, “Anonim” Şirketin Sonu: Hamiline Yazılı Pay Senetleri İçin Öngörülen Yeni Düzenlemeler, *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 16(2), 2017, s. 749-782.
- Uhlenbruck D, “Der Schutz von Familien-Aktiengesellschaften gegen das Eindringen unerwünschter Aktionäre”, *Der Betrieb*, Heft 45, 1967, s. 1927-1932.
- Uzel N, *6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu ve 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu’na Göre Anonim Ortaklıkta Esas Sözleşmesel Bağlam*, On İki Levha Yayınevi, 2013.
- von Beauvais E, *Ordnungspolitische Grenzen des Höchststimmrechts und der Vinkulierung bei börsengängigen Aktien*, 1996.
- von Büren R/Stoffel A W/Weber R H, *Grundriss des Aktienrechts*, 3. Auflage, Schulthess Verlag, 2011.
- von Graffenried D, *Übertragbarkeit und Handelbarkeit von Gesellschaftsanteilen: Insbesondere von Aktien*, Stämpfli Verlag, 1981.
- von Greyerz C, *Schweizerische Privatrecht (VIII/2), die Aktiengesellschaft*,

Helbing und Lichtenhahn Verlag, 1982.

von Planta A, *Die Haftung des Hauptaktionärs*, Helbing und Lichtenhahn Verlag, 1981.

Walther C, *Zur Rechtsanwendung wartungsbedürftiger Minderheitsschutznormen im schweizerischen Aktienrecht*, Schulthess Verlag, 1987.

Wettstein G, *Die nicht voll einbezahlte Aktie*, Schulthess Verlag, 1948.

Widmer N C, *Die Abspaltung der Aktionärrechte*, Dike Verlag, 1968.

Wieland A, “Zum Stimmrecht der vinkulierten Namenaktie”, *Schweizerische Juristen Zeitung*, 48, 1952, s. 19-20 (SJZ 48).

Wieland A, “Zur Frage der Veräußerlichkeit vinkulierter Namenaktien”, *Schweizerische Aktiengesellschaft*, 13(1940/41), s. 109-116 (SAG 13).

Wieland A, “Zur Übertragbarkeit und Übertragungsform unbeurkundeter Aktienrechte und von Aktienanrechten”, *Schweizerische Aktiengesellschaft*, 21(1948/49), s. 141-156 (SAG 21)

Würzer W, *Die Zuordnung der Rechte aus gespaltenen Aktien, Ein Beitr. zur Lehre von der Übertragung vinkulierter Namenaktien*, Haupt Verlag, 1982.

Hukuk Fakültesi Dergisi

Ankara Hacı Bayram Veli University
Faculty of Law Review

ISSN: 2651-4141 e-ISSN: 2667-4068

Cilt / Volume XXVIII Temmuz / July 2024 Sayı / No. 3

KOOPERATİFLERDE YÖNETİM VE TEMSİL YETKİSİNİN DEVRİ

TRANSFER OF MANAGEMENT AND REPRESENTATION AUTHORITY IN
CO-OPERATIVES

Sevgi BOZKURT YAŞAR*  

ÖZET

Kooperatiflerde yönetim, en az üç kişiden oluşması gereken ve kurul organ niteliğinde bulunan yönetim kurulunun sorumluluğundadır. Geniş anlamda yönetim, şirketin hedeflerine ulaşılabilmesi için gerekli kararların alınması ve alınan kararların üçüncü kişilerle işlemler yapılarak hayata geçirilmesidir. Dar anlamda yönetim ise temsili içermeksizin, şirketin iç ilişkilerinin idaresi ile ilgili karar alınması ve uygulanmasını içerir. Yönetim kuruluna ilişkin düzenlemeler Kooperatifler Kanunu m. 55 ile 64 arasında yer almaktadır. Bu hükümlerde açıklama olmayan hususlarda Kooperatifler Kanunu m. 98 uyarınca anonim şirketlere ilişkin hükümler uygulanır. Anonim şirket yönetim kurulunun ilgili hükümlerinin, kooperatiflerin yapısal özelliklerinin dikkate alınarak, uyumlaştırılması sureti ile uygulanması gerekmektedir. Kooperatifler Kanunu m. 58'de yönetim ve temsil yetkisinin kısmen veya tamamen devrine izin verilmiştir. Kooperatifler Kanunu'nda yönetim kurulunun devredilemez görev ve yetkileri düzenlenmemiş olmakla birlikte, kooperatifin yapısal özelliklerinin göz önüne alınması sureti ile anonim şirket hükümlerinden faydalanılması mümkündür. Çalışmada, kooperatiflerde yönetim ve temsil yetkisinin devri, en yakın kaynak kanun İsviçre Borçlar Kanunu hükümleri de dikkate alınarak incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Kooperatif, Yönetim Kurulu, Yönetim, Temsil, Yönetimin ve Temsil Yetkisinin Devri.

* **Dr. Öğr. Üyesi.**, Bursa Uludağ Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı/
BURSA E-Posta: sevgi@uludag.edu.tr, **ORCID:** 0000-0001-6521-290X, **DOI:** 10.34246/ahbvuhfd.1419881.

- Atıf Şekli/ **Cite As:** Bozkurt Yaşar S, “Kooperatiflerde Yönetim ve Temsil Yetkisinin Devri”, *AHBVÜ Hukuk Fakültesi Dergisi*, 28(3), 2024, s.35-72.
- İntihal / **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.*



ABSTRACT

In cooperatives, the board of directors, which must consist of at least three people and is a board body, is responsible for management. In a broad sense, management is about taking the necessary decisions to achieve the company's goals and implementing the decisions through transactions with third parties. In the narrow sense, management includes the making and implementation decisions regarding the management of the company's internal relations, without including representation. Regulations regarding the board of directors are included in Articles 55 and 64 of Cooperatives Law. In accordance with Article 98 of the Cooperatives Law, the provisions regarding joint stock companies apply to matters that are not explained in these provisions. The relevant provisions regarding the board of directors must be implemented by harmonizing them, taking into account the structural characteristics of the cooperatives. In Article 58 of the Cooperatives Law, partial or complete transfer of management and representation authority is allowed. Although the non-transferable duties and powers of the board of directors are not regulated in the Cooperatives Law, it is possible to benefit from the provisions of joint stock companies by taking into account the structural characteristics of the cooperative. In the study, transfer of management and representation authority was examined together with the provisions of the closest source law, the Swiss Code of Obligations.

Keywords: Cooperative, Board of Directors, Management, Representation, Transfer of Management and Representation Authority.

EXTENDED ABSTRACT

The executive and representative body of the cooperative is the board of directors. Some of the duties and powers of the board of directors are regulated in the Cooperatives Law. In addition, in accordance with Article 98 of the Cooperatives Law, there is a regulation: "In matters not stated otherwise in this law, the provisions of the Turkish Commercial Code regarding joint stock companies apply." The board of directors is the executive body that manages and represents the activities of the cooperative within the provisions of the law and articles of association. The board of directors is a board-organ in terms of quality. As a rule, the board of directors exercises its management authority through the decisions taken by meeting as a board. The board of directors does not necessarily have to fulfill all its duties as a board. According to Article 366/2 of the Turkish Commercial Code, the board of directors may establish committees and commissions, including board members, according to the needs of the company. It may also be possible to transfer the board of directors' broadly regulated duties and powers. In accordance with Article 58 of Cooperatives Law, the articles of association may authorize the general assembly or the board of directors to entrust the management and representation of the cooperative, partially or completely, to one or more managers or members of the board of directors, who are not required to be cooperative partners.

In Swiss Law, in accordance with Article 897 of the Swiss Code of Obligations, the

articles of association may delegate some of the duties and powers of the board of directors to one or more committees elected by the directors. In accordance with Article 898/1 of the Swiss Code of Obligations, the articles of association may authorise the general assembly of members or the directors to delegate responsibility for managing the society's business or parts thereof and for representing the society to one or more persons, business managers or executive officers, who need not be members of the cooperative. In determining the non-delegable duties and powers in terms of both types of transfer, an evaluation is made by taking into account the special provisions regarding cooperatives, as well as the duties and powers that the board of directors of the joint stock company cannot delegate.

Article 62/3 of the Cooperatives Law stipulates that cooperative board members and officers will be responsible for damages arising from their own faults. Turkish Commercial Code article 553 et seq. provisions also apply to cooperative board members (Article 98 of Cooperatives Law). It is important to determine to what extent the cooperative board of directors can delegate its duties and powers to executive members and managers, and determining this limit is especially important in terms of the responsibility of the board members. For the transfer of management authority in cooperatives, a provision is required in the articles of association (Cooperatives Law article 58) and a regulation is required through internal directives by applying the Turkish Commercial Code article 367 by analogy. The board of directors or the general assembly may be authorized to delegate the power of representation to a member of the board of directors or a third person/persons who do not have to be a cooperative partner, provided that there is a regulation in the articles of association (Article 56/5 and 58 of Cooperatives Law). Although article 58 of the Cooperatives Law allows the transfer of management and representation authority to one or more managers who do not necessarily have to be cooperative partners. Article 370/2 of the Turkish Commercial Code must also be applied to cooperatives and at least one member of the board of directors must have representation authority. Even though it is not a legal obligation, regulating the transfer of representation authority in the internal directive has the effect of facilitating the implementation of Article 553/2 of the Turkish Commercial Code. The non-transferable duties and powers of the board of directors are not regulated in the Cooperatives Law, unlike joint stock companies, it is possible to benefit from the provisions of joint stock companies by taking into account the structural characteristics of the cooperative. The liability of board members in terms of duly delegated duties is limited within the framework of Turkish Commercial Code article 553/2. Accordingly, members of the board of directors are not, as a rule, responsible for the area to which they delegate their duties and authorities, however, the members of the board of directors continue to have the obligation to supervise the selection of the persons to whom authority is delegated and the activities of these persons. This effect, which limits the liability of board members, is only in terms of the duties that the board of directors can delegate.

GİRİŞ

Yönetim kurulu kooperatifin yürütme ve temsil organıdır. Yönetim kurulunun görev ve yetkilerinin bir kısmı Kooperatifler Kanunu'nda (KoopK) düzenlenmiştir. Bunun yanı sıra Kooperatifler Kanunu m. 98'de "Bu kanunda aksine açıklama olmayan hususlarda Türk Ticaret Kanunundaki anonim şirketlere ait hükümler uygulanır" düzenlemesi sebebi ile Türk Ticaret Kanunu'nun (TTK) ilgili hükümleri kooperatifler bakımından uygulama alanı bulur. Kooperatiflerde yönetim esasen bir kurul organ niteliğinde bulunan yönetim kurulu tarafından yerine getirilir. Bununla birlikte KoopK m. 58'de yönetim ve temsil yetkisinin kısmen veya tamamen devrine izin verilmiştir. Kooperatif yönetim kurulunun görev ve yetkilerini ne ölçüde murahhas üye ve müdürlere devredebileceği özellikle yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu bakımından önem taşımaktadır. Yönetim yetkisinin devri için, Kooperatifler Kanunu'nda anonim şirketlerden farklı olarak yönetim kurulunun devredilemez görev ve yetkileri düzenlenmemiş olmakla birlikte, kooperatifin yapısal özelliklerinin dikkate alınarak anonim şirket hükümlerinden yararlanılması mümkündür. Çalışmada Kooperatifler Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu'nun yönetim kuruluna ilişkin hükümleri ile en yakın kaynak kanun olan İsviçre Borçlar Kanunu'nun düzenlemeleri incelenerek kooperatiflerde yönetim ve temsil yetkisinin devri konusu ele alınmıştır.

I. KOOPERATİFLERDE YÖNETİM VE TEMSİL KAVRAMI

Şirketler hukukunda geniş anlamda yönetim (*Geschäftsführung*), şirketin hedeflerine ulaşılabilmesi için gerekli kararların alınması ve alınan kararların üçüncü kişilerle işlemler yapılarak hayata geçirilmesi anlamını taşır. Yönetim kavramı, geniş anlamda üst yönetim konumundaki kişilerin yerine getirdiği görevler kapsamında tüm liderlik faaliyetlerini içermektedir¹. Bu anlamda yönetim genel olarak, stratejik liderliği, işletme politikası ve stratejisinin geliştirilmesini, işletme ilkelerini ve kültürünü ve risk durumunu değerlendirmeyi içerir². Bu bağlamda kooperatiflerde yönetim ise kooperatifin stratejik olarak nasıl yönetileceği, kooperatif ortaklarının ekonomilerini ne şekilde iyileştirebilecekleri, bunların hangi yollarla ve araçlarla gerçekleştirilebileceği, kooperatif hedeflerinin karara bağlanması, hedeflere ulaşıp ulaşılmadığının veya ulaşıp ulaşılmayacağının belirlenmesi,

¹ Martina Johanna Herzog, *Lenkung, Führung und Kontrolle in Genossenschaften*, 1Aüfl., SSHW Band/Nr. 356, Dike Verlag AG 2021, s. 4-5.

² Herzog, s. 99.

bütçe uygulamasının kontrolü ve stratejilerin tespiti olarak tanımlanabilir. Yönetim kavramına kooperatif işlerinin çevrilmesi ve kooperatifin amacına ulaşılabilmesi için gerekli kararların alınması girer. Bunlardan bir kısmı şirketin işleyebilmesi için asgari ve zorunlu işler olup, bu işlerin icrası için ayrıca bir karar alınmasına ihtiyaç duyulmaz. Ticari defterlerin tutulması, gerekli tescil ve ilan işlerinin yaptırılması, envanter, bilanço ve yıllık raporun düzenlenmesi gibi işler bu niteliktedir³.

Dış ilişkide etki yaratan ve hukuken şirketi bağlayan icrai faaliyetlere ise temsil denir⁴. Şirketi temsile yetkili kişi, şirketin amacı ve işletme konusuna giren her tür işleri ve hukuki işlemleri şirket adına gerçekleştirebilir (İsvBK m. 899, KoopK m. 98, TTK m. 371/1). Temsilci sadece devam eden ticari faaliyetlerde değil, aynı zamanda kooperatifin amacı ve işletme konusu ile ilgili tek seferlik, olağanüstü işlemlerde de bulunabilir⁵.

Dar anlamda yönetim ise temsili içermeksizin, şirketin iç ilişkilerinin idaresi ile ilgili olup, genellikle kararların alınmasını ve uygulanmasını ifade eder⁶. Örnek olarak şirketin amacını gerçekleştirmek için gerekli kararların alınması, bu kapsamda üretim, alım, pazarlamanın veya idarenin organizasyonu, personel ilişkileri, ticari defterlerin ve tutanakların tutulması veya yıllık mali tabloların hazırlanması dar anlamda yönetim kavramı içinde yer alır⁷.

³ Reha Poroy/Ünal Tekinalp/ Ersin Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku I*, 15. Bası, Vedat Kitapçılık 2021, N. 523, s. 266.

⁴ Yönetim hakları iç işleyişinde şirketi yönetmeyi, dış ilişkide temsili içeren birtakım yetkililerdir. Fatih Bilgili/Ertan Demirkapı, *Şirketler Hukuku*, 9. Bası, Dora, 2011, s. 387. Adi şirketlerde yönetim bakımından bkz.: Reha Poroy/Ünal Tekinalp/Ersin Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku I*, 87b, c.; Duygu Demirel, “Anonim Şirketlerde Yönetim Yetkisinin Devri”, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, 7(2), 2017, s. 214-216; Şirketler hukukunda yönetim, şirketin amacını geliştirmeyi ve gerçekleştirmeyi amaçlayan tüm iç ve dış faaliyetleri içerir. Bu, özellikle üretim veya idarenin organizasyonunu, ayrıca iç faaliyetler olarak kararların alınması ve uygulanmasını ve dış faaliyetler olarak sözleşmelerin akdedilmesini kapsar. Herzog, s. 4, 97. Karş. Sıtkı Anlam Altay, *Anonim Ortaklıkta Yönetim Yetkilerinin Devrinin Sorumluluğa Etikeleri*, Vedat Kitapçılık, 2011, s. 93. Sonuncu yazar geniş anlamda yönetim yetkilerinin yönetim organına tanınan ve hem yürütme hem de gözetim görevlerini kapsayan yetkiler olduğunu, yönetim ve temsil yetkilerinin ayrı olduğunu belirtir.

⁵ Roland Müller/ Roberto Fornito, *GmbH, Genossenschaft, Handelsregister und Wertpapiere – Bucheffektengesetz Art. 772-1186 OR und BEG, CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht*, 3. Aufl., Schulthess Verlag, Art. 899, N. 1.

⁶ Daha dar anlamda yönetim şirketin sadece iç işleyiş ve yönetimini ifade etmektedir. Poroy/ Tekinalp/Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku I*, N. 86.

⁷ Herzog, s. 97; Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku I*, N. 86.

II. YÖNETİM KURULU VE ÇALIŞMA ŞEKLİ

Yönetim kurulu, kanun ve ana sözleşme hükümleri içinde kooperatifin faaliyetini yöneten ve onu temsil eden icra organıdır (Koop K m. 55/1)⁸. Şirketin işlerinden doğan sorumluluk da yönetim kuruluna aittir⁹. KoopK m. 42’de genel kurul, bütün ortakları temsil eden en yetkili organ olarak tanımlanmıştır. Ancak bu düzenleme, genel kurulun yönetim kurulu ile üstlük astlık ilişkisini ifade etmemektedir. Anılan hüküm, genel kurulun yasal olarak en önemli kararları almaya yetkili olduğunu ve yönetim ile denetçiler için seçim organını temsil ettiği anlamını belirtmektedir (TTK m. 42/2,2)¹⁰. Bu bağlamda kooperatiflerde de anonim şirketlerde olduğu gibi işlevler ayrılığına dayalı eşitlik ilkesi (*Paritätsprinzip*) adı verilen prensip geçerlidir¹¹.

⁸ Yürütme ve temsil organı olarak yönetim kurulu, temel olarak yönetim ve temsilden sorumludur. KoopK m. 62/1’de yönetim kurulunun, kooperatif işlerinin yönetimi için gereken titizliği göstereceği ve kooperatifin başarısı ve gelişmesi yolunda bütün gayretini sarf edeceği düzenlenmiştir. KoopK m. 62/2’de ise yönetim kurulunun; kendi tutanakları, genel kurul tutanakları, ortak listeleri, gelir-gider hesapları ve yıllık bilançonun usulüne uygun olarak hazırlanması ve saklanması, tetkik olunmak üzere denetçilere verilmesinden sorumlu olduğu belirtilmiştir. Ayrıca görevi sona eren yönetim kurulu üyeleri tarafından sorumlulukları altında bulunan para, mal, defter, belge ve diğer kooperatif varlıklarının seçimlerin yapıldığı genel kurul toplantı tarihinden itibaren üç iş günü içinde tutanakla yeni seçilenlere tesliminin zorunlu olduğu ifade edilmiştir. Kooperatif yönetim kurulunun görev ve yetkileri sadece KoopK m.62’de düzenlenenler ile sınırlı değildir. Kooperatifler Kanunu’nun çeşitli hükümlerinde (KoopK m.3; KoopK m. 8/1; KoopK m. 16/2; KoopK m. 24; KoopK m.25; KoopK m. 43-44; Koop K m.53; KoopK m.61; KoopK m. 63; KoopK m. 82; Ek madde 5) ve KoopK m. 98 atfı nedeniyle TTK çerçevesinde de bir takım görev ve yetkileri bulunmaktadır (TTK m. 375’te düzenlenen devredilemez nitelikteki görev ve yetkiler, birleşme, bölünme ve tür değişikliklerinde görevler (TTK m. 136 vd; 149 vd; 180 vd.); bazı hususlar hakkında dava açılması (TTK m. 353; 553 vd.); Kanun’un emrettiği hallerde tescil ve ilan görevleri (TTK m. 152, 179, 189/2, 198, 371, 536/2); kooperatifin sona ermesi ve tasfiyesindeki görevleri (536 vd.). Ayrıca ana sözleşme ile yönetim kuruluna diğer organların münhasır yetkisine girmeyen konularda görev ve yetkiler tanınabilir. Bu kapsamda bazı yetkilerin genel kurulun yanı sıra yönetim kuruluna tanınması da mümkündür. Ortağın ortaklıktan çıkarılması kararı bakımından bkz.: Şengül Al Kılıç, “Kooperatiflerde Ortaklık Sifatının Çıkarılma Suretiyle Sonlandırılması ve Hukuki Sonuçları”, *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, 12(2) 2022, s. 1226.

⁹ Poroy/Tekinalp/ Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku I*, N. 521a.

¹⁰ İsvBK m. 879/2 bakımından Sabine Kilgus / Nadja Fabrizio, *Berner Kommentar, Die Genossenschaft, Systematische Darstellung und Kommentar zu den Art. 828 - 838 OR*, 2. Aufl., Stämpfli Verlag AG, 2021 § 3 N. 42, s. 152.

¹¹ Kilgus/ Fabrizio, § 3 N. 42, s. 152; Arthur Meier-Hayoz/Peter Forstmoser/Rolf Sethe, *Schweizerisches Gesellschaftsrecht*, 12. Aufl., Stämpfli Verlag AG, 2018, § 19, N. 120; Andreas Moll, *Basler Kommentar Obligationenrecht II, Art. 530-964 OR, Art. 1-6 SchlT AG Art. 1-11 Übest GmbH* (Hrsg.: Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt, Rolf Watter), 4. Aufl., Helbing Lichtenhahn Verlag, 2012, Art. 879, N. 5; ayrıca bkz.: Ersin Çamoğlu (Reha Poroy/Ünal

Yönetim kurulu nitelik yönünden kurul-organdır. Hukuk düzeni gerçek kişilerden oluşan kurulun iradesini belirli koşulların gerçekleşmesi halinde tüzel kişinin iradesi olarak kabul etmiş ve buna sonuç bağlamıştır¹². Organ kavramı soyut bir kavram olup, gerçek kişiler ona canlılık vermektedir¹³. Organlar, şirkette karar alma, yönetim veya kontrol gibi merkezi görevleri yerine getiren kurullar olarak kabul edilir¹⁴. Anonim ve limited şirkette yönetim kurulunun tek kişiden oluşmasına imkân tanınmış olmasına rağmen, kooperatiflerde yönetim kurulunun en az üç üyeden¹⁵ kurulu olacağı belirtilmiş olup bunların ve yedeklerinin kooperatif ortağı olmaları şartı aranmıştır (KoopK m. 55/2)¹⁶. Kooperatiflerde anonim şirketlerden farklı olarak yönetim kurulu için yedek

Tekinalp), *Ortaklıklar Hukuku II*, 14. Bası, Vedat Kitapçılık, 2019, N. 1933; Mustafa Topaloğlu, “Kooperatiflerin Genel İlkeleri ve Kuruluşu”, *YÜHFD*, 18(2), 2022, s. 651. Genel kurulun devredemeyeceği yetkiler içinde yer alan veya ana sözleşme ile genel kurulun yetkisine bırakılan bir konuda ise yönetim kurulu karar alamaz. Y. 15. HD. 18.02.2014, 2014/556 E., 2014/1036 K. (Legalbank Elektronik Hukuk Bankası). “*Kooperatif genel kurulu, bütün ortakları temsil eden en yetkili organdır. Genel Kurul, yetkilerini devir ve terk edemez. Kooperatif yönetim Kurulu ise, kanun ve ana sözleşme hükümleri içinde Kooperatifin faaliyetlerini yöneten ve onu temsil eden icra organdır. Devir ve terk edilemeyecek genel kurul yetkilerine dahil olan ya da ana sözleşmeyle çözümlü genel kurula bırakılan bir konuda yönetim kurulunca alınan karar geçersizdir.*” Y. 15.HD. 26.05.2004, 2004/1107E., 2004/2923K. (Legalbank Elektronik Hukuk Bankası).

¹² Bilge Öztan, *Medeni Hukuk Tüzel Kişilerinde Organ Kavramı ve Organın Fiillerinden Doğan Sorumluluk*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1970, s. 81, 82.

¹³ Ersin Çamoğlu (Reha Poroy/ Ünal Tekinalp), *Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku*, 12. Bası, Vedat Kitapçılık, 2010, N. 521, s. 262.

¹⁴ Herzog, 54; ayrıca karşı: Meier-Hayoz/ Forstmoser/ Sethe, § 2 N 33.

¹⁵ Kooperatifler Kanunu’nda asgari üye sayısı üç olarak düzenlenmiş ancak azami üye sayısı belirtilmemiştir. (KoopK m. 55/1). Bu halde üçten az olmamak şartı ile ana sözleşmede yönetim kurulu üye sayısı, istenilen sayıda belirlenebilir. Tonguç Bölükbağ, *Kooperatif Yöneticilerinin Hukuki ve Cezaî Sorumluluğu*, 2. Bası, Adalet Yayınevi, 2010, s. 3; Doktrinde, Kanunda yönetim kurulu üyesinin ortak olması şartı arandığından (KoopK m. 55/2), yönetim kurulu azami üye sayısının dolaylı olarak kooperatifin ortak sayısı ile eşdeğer olduğu belirtilmektedir. Bkz.: Bilal Özel/Mustafa Eser Cinbaş, “Kooperatif Ortaklıklarda Yönetim Kurulunun Oluşumu”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 21(2), 2013, s. 258-259; İsviçre hukukunda ise İsvBK m. 894/1 uyarınca yönetim kurulu en az üç kişiden oluşur ve bunların çoğunluğu ortaklardan oluşmalıdır.

¹⁶ Anonim şirket yönetim kurulu üyeleri bakımından pay sahibi olmayan kişilerin göreve başlamaları için ortak sıfatını kazanmasını arayan mülga TTK m. 312/2 TTK m. 359 ile kaldırılmış bulunmaktadır. Ancak kooperatifler bakımından bu zorunluluk devam etmektedir. Topaloğlu, s. 651. Kooperatif yönetim kurulu üyesi seçilebilmek için ortak olma şartının kaldırılması veya en az bir yönetim kurulu üyesinin bu şartı taşımasının aranması gerektiği görüşünde bkz.: Özel/ Cinbaş, s. 268. Kooperatife ortak olma, yedek üyeliğe seçilme ve göreve başlamak için değil, üyeliğe seçilebilme şartıdır. Tekinalp (Poroy/ Çamoğlu), *Ortaklıklar Hukuku II*, N. 1948, s. 666.

üyelerin de seçilmesi gerektiği öngörülmüştür. Yönetim kurulu üyeleri en çok 4 yıl için seçilebilirler. Ana sözleşmede aksine hüküm yoksa tekrar seçilmeleri mümkündür. (Koop K m. 55,57). Yönetim kurulu üyeliğine tüzel kişiler de seçilebilir (Koop K m. 55/4). Yönetim kurulu üyeliğine seçilen tüzel kişiler, temsilcilerinin isimlerini kooperatife bildirecek (KoopK m. 55/3), yönetim kurulu üyeliklerini bu kişiler eliyle yürütürler¹⁷.

Yönetim kurulunun, yönetim yetkisini -kural olarak- kurul halinde toplanarak aldığı kararlar ile kullanır. Toplantılara katılma, görüşlerini açıklama ve oy kullanma, yönetim kurulu üyeleri için hem bir hak hem de bir görev niteliğindedir¹⁸. Bu anlamda yönetim kurulu faaliyetlerini esas olarak yönetim kurulu toplantıları ile gerçekleştirecek ve işlerin gerektirdiği sıklıkta toplanacaktır¹⁹.

Yönetim kurulu temsil yetkisini ise KoopK m. 98 atfı ile uygulama alanı bulan TTK m. 370 uyarınca ana sözleşmede aksine bir düzenleme mevcut değilse çift imza ile kullanır²⁰. Temsile yetkili şahıslar kooperatif namına onun

¹⁷ İsv.BK m. 894/2'de ise tüzel kişilerin yönetim kurulu üyesi olmasına imkan tanınmamış, kooperatifte tüzel kişi veya şirket yer alıyorsa bunların yerine temsilcilerinin üye olarak seçilebileceği düzenlenmiştir.

¹⁸ Mehmet Helvacı, *Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyesinin Hukuku Sorumluluğu*, 2. Bası, Beta Kitapçılık, 2001, s. 71. Ayrıca bkz.: Ersin Çamoğlu, *Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu: Kamu Borçlarından Sorumluluk ile, Güncelleştirilmiş ve Genişletilmiş* 3. Bası, Vedat Kitapçılık, 2010, s. 65 vd.

¹⁹ Martin Wernli/ Marco A. Rizzi, *Basler Kommentar Art. 530-964 OR*, Heinrich Honsell, Nedit Peter Vogt, Rolf Watter (Hrsg), Helbing Lichtenhahn Verlag, 2016, Art. 894, N. 4; ayrıca bkz.: Filiz Berberoğlu Yenipınar, *Kooperatif Davaları*, 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, 2021, s. 25.

²⁰ “Kooperatifin iki yetkili yöneticisi tarafından imza edilen bono, bu kooperatifi bağlar. Bononun, kooperatif kayıtlarında gözükmemesi, bu bononun geçersizliğine neden olmaz.” Yarg.13. HD., 13.02.1995, E.10542/K.1108 (Eriş, s. 951-952). “Kooperatif ana sözleşmesinde, kooperatifin nasıl temsil edileceği öngörülmüş ise bu kural kooperatifi ve yetkililerini bağlar.” Y. 11. HD., 17.04.1995, 1995/2286E., 1995/3456 K. (Eriş, s. 965-966). “Dava 26.02.2011 tanzim 30.09.2011 vade tarihli 27.000,00 TL bedelli senetten dolayı borçlu olmadığının tespiti istemine ilişkindir. Dava konusu bonoda davacı kooperatifin kaşesi üzerine kefil sıfatıyla kooperatif yetkilisi E. T. tarafından imza atıldığı anlaşılmaktadır. Dosyada bulunan 22.07.2009 tarihli genel kurul kararı gereğince, kooperatifi, kooperatif başkanı E. T.'in dışında diğer üyelerden herhangi birisinin müşterek imza ile temsil ve imzaya yetkili olduğu görülmüştür. Davacı tarafca bu husus yargılama aşamasında ileri sürülmemiş, temyiz aşamasında ileri sürülmüş ise de, bono metninden açıkça anlaşılan bu hususun re şen dikkate alınması gerektiğinden, mahkemece, davacı kooperatif ile diğer davacı E. T. arasında menfaat çatışması bulunduğu da gözetilerek, dava konusu bononun kooperatif yönünden bağlayıcı olmadığı gerekçesiyle davacı kooperatif yönünden davanın kabulüne karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde hüküm kurulması bozmayı gerektirmiştir”. Y. 23. HD., 15.12.2014,

amacının gerektirdiği bütün hukuki işlemleri yapabilir. (Koop K m. 59/1)²¹. Temsil yetkisi dış ilişkilerde ancak ana sözleşmede yapılacak bir düzenleme ile merkez veya şube işleri ile veyahut birlikte temsil ile sınırlandırılması mümkündür. Bunun dışındaki sınırlandırmalar iyiniyetli üçüncü kişilere karşı ileri sürülemez (KoopK m.59/2)²².

Anonim şirket yönetim kurulunun görev dağılımının düzenlendiği TTK m. 366 düzenlemesi kooperatif yönetim kurulu bakımından da uygulama alanı bulur. Bu anlamda yönetim kurulu üyeleri arasından bir başkan ve bulunmadığı zamanlarda ona vekâlet etmek üzere, en az bir başkan vekili seçer²³. Ana sözleşmede, başkanın ve başkan vekilinin veya bunlardan birinin, genel kurul tarafından seçilmesi öngörülebilir. Yönetim kurulunu toplantıya yönetim kurulu başkanı, onun yokluğunda başkan vekili çağırır

E.3206/K.8150 (Legalbank Elektronik Hukuk Bankası). İsviçre Borçlar Kanunu m. 718'de ise münferit temsil kuralı yer almaktadır. TTK m. 370/1 ise mülga 6762 Sayılı TTK m. 321/3'te yer alan şirketin çift imza ile temsili esasını kabul etmiştir. İsvBK m. 718'de ayrıca temsil yetkisinin esas sözleşmede veya iç yönetmelikte aksi kararlaştırılmadıkça münferiden tüm yönetim kurulu üyelerine ait olduğu belirtilmiş olduğundan iç yönetmelik ile temsil yetkisinin devrine imkân tanınmıştır. Böylece esas sözleşmede temsil yetkisinin devrine ilişkin bir düzenleme olmasa dahi iç yönetmelik ile temsil yetkisinin devri mümkündür. Necla Akdağ Güney, *Anonim Şirket Yönetim Kurulu*, 2.Bası, Vedat Kitapçılık, 2016, s. 106-107.

²¹ Koop K m. 98 uyarınca uygulama alanı bulan TTK m. 371/2 gereği temsile yetkili olanların, üçüncü kişilerle, işletme konusu dışında yaptığı işlemler de şirketi bağlar. Ancak üçüncü kişinin, işlemin işletme konusu dışında bulunduğunu bildiği veya durum gereğinden, bilebilecek durumda bulunduğu ispat edilirse şirket işleme bağlı olmaz. Şirket esas sözleşmesinin ilan edilmiş olması ise, bu hususun ispatı açısından, tek başına yeterli delil teşkil etmez (TTK m. 371, f. 2).

²² “Kooperatifi sevk ve idare ile onu temsil ve ilzama yetkili organ yönetim kuruludur. Bunun sonucu olarak yönetim kurulunun kooperatifi borçlandırıcı muamelelerde bulunması tabii ve geçerlidir. Davacı kooperatifin ana sözleşmesinin 46. maddesine göre; yönetim kurulunca seçilecek iki üyenin imzası ile kooperatifin temsil ve ilzam edileceği bu kararın noterlikçe onaylanmış bir suretinin imzalar ile birlikte tescil edilmek üzere Ticaret Sicil Memurluğuna verileceği öngörülmüş, hükmün son fıkrasında da aynı yolla değiştirilebileceği belirtilmiştir. Aksi halde, daha önce sicile tescil edilen hususlardaki değişiklik tescil edilmez ise, önceki kayda güvenerek işlem yapan hüsünüyeti üçüncü kişilere karşı bu değişiklik öne sürülerek bundan yararlanılamaz.” Y.19.HD.09.12.1993, 1992/9766 E., 1993/8443 K. (Legalbank Elektronik Hukuk Bankası).

²³ 7511 Sayılı Türk Ticaret Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun m. 13 ile TTK m. 366/1 c.1’de yer alan “Yönetim kurulu her yıl üyeleri arasından” ibaresi “Yönetim kurulu üyeleri arasından” ifadesi ile değiştirilerek, yönetim kurulu başkan ve başkan vekilinin yönetim kurulunun görev süresine uygun olarak seçilebilmesine olanak sağlanmıştır. Bkz.: 7511 Sayılı Türk Ticaret Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun m.13, RG T.29.05.2024, S. 32560.

ve toplantıyı yönetir²⁴. Yönetim kurulu üyeleri de başkana yazılı şekilde başvurarak yönetim kurulunun toplantıya çağrılmasını talep edebilir (TTK m. 392/7). 7511 Sayılı Türk Ticaret Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun m. 15 ile TTK m. 392/7 fıkrasına eklenen düzenleme istemin uygun görülmesi halinde çağrının yönetim kurulu başkanı tarafından yapılmasını öngörmekte, yönetim kurulu üyelerinin çoğunluğu tarafından yapılan toplantı taleplerinde ise yönetim kurulu başkanına yönetim kurulunu toplantıya çağırma yükümlülüğü getirilmektedir. Kooperatifler bakımından da uygulama alanı bulacak bu düzenlemeye göre, yönetim kurulu başkanınca yönetim kurulunun toplantıya çağrılmadığı hallerde veya başkana veyahut başkan vekiline ulaşılamadığı durumlarda ise çağrının doğrudan istem sahiplerince yapılmasına olanak tanınmaktadır²⁵. Toplantıya çağrı herhangi bir şekle bağlı değildir, kanuni bir çağrı usulü öngörülmemiştir²⁶. TTK'da çağrının toplantıdan ne kadar süre önce yapılması gerektiğini belirten herhangi bir hüküm mevcut değildir. Doktrinde bu konuda önemli olan hususun, yönetim kurulu üyelerini, yapılacak toplantıdan haberdar etmek olduğu, bu sebeple çağrının bütün üyelerin toplantıya katılmalarına olanak sağlayacak bir süre öncesinde yapılmasının kâfi bulunduğu belirtilmektedir²⁷. Ancak sürenin tespitinde, yönetim kurulu üyelerinin, toplantıda ele alınacak ve karar verilecek konular hakkında yeterli derecede bilgi edinmelerini temin etmeleri için gerekli olan zamanın dikkate alınması ve buna göre çağrının yapılması gerekmektedir. Özellikle kooperatif bakımından önemli olabilecek bir gündemle toplanan yönetim kurullarında üyelere hazırlık için bir süre sağlanmış olması önemlidir²⁸. Daveti yapan veya yaptıran, toplantının

²⁴ TTK m. 392/7'den çağrı yetkisinin başkanda olduğu anlaşılmaktadır. Ünal Tekinalp, *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, Anonim ve Limited Ortaklıklar, Tek Kişi Ortaklığı, Ortaklar Topluluğu, Birleşme, Bölünme ve Tür Değiştirme*, 4. Bası, Vedat Kitapçılık, 2015, N.12-92.

²⁵ “İstemin uygun görülmesi hâlinde çağrı, yönetim kurulu başkanınca yapılır. Ancak yönetim kurulu üyelerinin çoğunluğunun yazılı istemi üzerine, yönetim kurulu başkanı yönetim kurulunu istemin kendisine ulaştığı tarihten itibaren en geç otuz gün içinde yapılacak şekilde toplantıya çağırarak zorundadır. Bu süre içinde yönetim kurulu toplantıya çağrılmadığı veya yönetim kurulu başkanı ya da başkan vekiline ulaşılamadığı hâllerde, çağrı doğrudan istem sahiplerince yapılabilir. Çağrı üzerine yapılacak toplantılarda toplantı ve karar nisapları hakkında 390 ıncı maddenin birinci fıkrası uygulanır. Esas sözleşmede yönetim kurulunun toplantıya çağrılmasına ilişkin farklı bir usul belirlenebilir.” Bkz: 7511 Sayılı Türk Ticaret Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun m.14, RG T.29.05.2024, S. 32560.

²⁶ Tekinalp, N. 12-92.

²⁷ Oğuz İmregün, *Anonim Ortaklıklar*, Yasa Yayınları, 4. Bası, 1989, s. 210.

²⁸ Anonim şirketlerde, yönetim kurulu veya yönetim tarafından verilen işletmeye dair bir karar

gündemini de belirler. Gündemde olmayan konularda karar alınabileceği gibi, gündeme sonradan madde de eklenebilir. KoopK m. 67/3 uyarınca yönetim kurulu toplantılarına denetim kurulu üyeleri de katılarak görüşmelere iştirak ederler ancak bu toplantılarda oy kullanamazlar.

İsviçre hukukunda kooperatif yönetim kurulunun çalışma şekline, anonim şirketler hukukuna ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanması gerektiği kabul edilmektedir. Bu bağlamda yönetim kurulunda her üyenin bir oy hakkına sahip olduğu belirtilmektedir. Kooperatifler bakımından başkanın üstün oy hakkına ilişkin anonim şirket hükümlerinde düzenlenen İsvBK m. 713/1 c.2 ye paralel özel bir hüküm bulunmamaktadır. Bu sebeple yönetim kurulu başkanına üstün oy hakkı tanınmasının istenmesi halinde, ana sözleşmede bu yönde bir düzenlemeye gidilmesi gerektiği kabul edilmektedir. Ana sözleşmede başka bir düzenleme mevcut değilse, İsvBK m.713/1'in paralel şekilde uygulanması ve kararların kullanılan oyların çoğunluğuyla alınması gerektiği belirtilmekte, ayrıca belirli yönetsel kararlar için oybirliği şartının ana sözleşmede düzenlenmesinin mümkün olduğu görüşü benimsenmektedir²⁹. Kooperatifler Kanunu'nda da yönetim kurulu başkanına üstün oy hakkı tanıyan bir düzenleme bulunmamaktadır. KoopK m. 98 atfı ile uygulama alanı bulabilecek anonim şirket hükümlerinde de bu yönde bir düzenleme yer almamakta ve doktrinde yönetim kurulu başkanına katıldığı görüşü üstün kılan ayrıcalıklı oy hakkının esas sözleşme ile tanınmasının esas sözleşmenin, anonim şirketlere ilişkin hükümlerden ancak Kanun'da buna açıkça izin verilmesi halinde sapılabileceğine ilişkin emredici hükümler ilkesini düzenleyen TTK m. 340. madde nedeni ile mümkün olmadığı kabul edilmektedir³⁰. Aynı esas kooperatifler bakımından da geçerli kabul edilmelidir.

bulunması ve bu karardan bir zarar doğması durumunda karar verenlerin sorumluluğu bakımından herhangi bir yükümlülüğün ihlalinin meydana gelip gelmediği hususunda iş adamı kararı (*Business Judgment Rule*) uygulanır. Bu ilke kıyasen kooperatif yönetim kurulu ve yönetim tarafından verilen işletmeye ilişkin kararlar bakımından da uygulama alanı bulur. David F. Ehlebracht, *Verantwortlichkeitsklagen gegen Mitglieder der Verwaltung und der Geschäftsführung einer Genossenschaft*, DikeVerlag, 2020, s. 32-33.

²⁹ Wernli/Rizzi, Art. 894, N. 4.

³⁰ Çamoğlu(Poroy/Tekinalp), *Ortaklıklar Hukuku I*, N. 533;İsmail Kırca/FeYZan Hayal Şehirali Çelik, *Anonim Şirketler Hukuku C.I*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2013, s. 503-504; Hasan Pulaşlı, *Şirketler Hukuku Şerhi C.II*, 4. Bası, Adalet Yayınevi, 2022 § 36, N. 124 vd.; 6762 Sayılı TTK'ya göre Kanun'da açıkça yasaklanmayan her konunun kural olarak esas sözleşme ile düzenlenmesi mümkün bulunmaktayken, TTK m. 340 uyarınca esas sözleşme anonim şirketlere ilişkin hükümlerden ancak Kanunda açıkça izin verilmiş olması halinde sapabileceğinden ve TTK'da yönetim kurulu başkanına üstün oy hakkı verilebileceğine ilişkin bir hükümün de bulunmaması nedeniyle esas sözleşmede bu yönde bir düzenleme

Yönetim kurulunun toplantı ve karar yeter sayısına ilişkin olarak KoopK'da özel bir düzenleme yer almamaktadır. Bu sebeple KoopK m. 98 atfı ile TTK m. 390/1'in dikkate alınması gerekir. TTK m. 390/1 uyarınca yönetim kurulu üye tam sayısının çoğunluğu ile toplanır, toplantıya katılanların çoğunluğu ile karar verir. Toplantı ve karar yetersayılarının ana sözleşmeye konulacak bir hükümle ağırlaştırılması mümkündür. Bütün kararlar için toplantı ve karar nisabının ağırlaştırılması mümkün olduğu gibi nisaplarda yapılacak böyle bir düzenlemenin belirli bazı kararlarla sınırlı tutulması da olanaklıdır³¹.

Yönetim kurulu üyeleri birbirlerini temsilen oy veremeyecekleri gibi, toplantılara vekil aracılığıyla da katılamazlar (TTK m. 390/2). TTK m. 390/3 uyarınca oylar eşit olduğu takdirde o konu gelecek toplantıya bırakılır. İkinci toplantıda da eşitlik olursa söz konusu öneri reddedilmiş sayılır³².

Yönetim kurulu üyeleri fiziki toplantı yapılması yolu ile karar alabileceği gibi, kararların toplantı yapılmaksızın, ortakların "yazılı oy" vermeleri ile "sirküler karar" şeklinde alınması olanaklıdır³³. Zira Kooperatifler Kanunu bakımından da TTK m. 98 atfı ile TTK m. 390/4'ün uygulanması mümkündür. Sirküler tipi karar alma (*schriftliche Abstimmung-Urabstimmung*) oylamanın yazışma yolu ile gerçekleştirilmesi anlamına gelmektedir. Sirküler tipi karar alınabilmesi için kooperatif ana sözleşmesinde bu yönde bir düzenleme yapılmasına gerek bulunmamaktadır. Ancak bu tür karar alınabilmesi için kanunda iki temel şartın gerçekleşmesi aranmıştır. Buna göre öncelikle karar önerisinin tüm üyelere gönderilmesi zorunludur. Bu koşul alınacak genel

yapılması halinde bu iptal edilebilir bir hüküm olur. Bkz.: Rauf Karasu, *Emredici Hükümler İlkesi*, 2.bs., Yetkin Yayınları, 2015, s. 55. Mülga 6762 Sayılı TTK döneminde ise esas sözleşme ile yönetim kurulu başkanına üstün oy hakkı tanımlanabileceği görüşü savunulmaktaydı. Yaşar Karayalçın, "Anonim Şirket Yönetim Kurullarında Başkanın Üstün Oyu", *Batider*, 1970/3, s. 526 vd.; Çamoğlu (Poroy/ Tekinalp), *Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku*, N.533; Ünal Tekinalp, "Yönetim Kurulu Başkanının Üstün Oya Sahip Olup Olamayacağı Sorunu, İkt Mal C.18(9), 1971, s. 301 vd. Karşı görüşte Hüseyin Ülgen, "Anonim Ortaklıklarda Genel Kurul Başkanının Üstün Oyu", *Batider*, 6(4), 1972, S. 4, s. 667 vd.

³¹ Kırca (Şehirali Çelik/Manavgat), *Anonim Şirketler Hukuku*, s. 502.

³² Yönetim kurulu toplantıları esas itibarıyla kooperatif merkezinde yapılır ancak ana sözleşmede aksine bir hüküm olmadığı takdirde yönetim kurulu üyelerinin çoğunluğunun talebi ile toplantının başka yerde yapılması da mümkündür. Yusuf Üstün/Muhittin Aydın, *Kooperatifler Hukuku*, 2. Bası, Seçkin Yayıncılık, 2017, s. 238.

³³ Burak Adıgüzel/Özge Demirdelen, "Kooperatiflerde Organlar ve Organ Kararlarının Hükümsüzlüğü", *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 14(2) 2019, s. 216-217; İsviçre hukukunda yönetim kurulu kararlarının sirküler tipi karar kalma yolu ile alınabileceği kabul edilmektedir. Wernli/Rizzi, Art. 894, N. 4.

kurul kararı bakımından bir geçerlilik koşulu niteliğindedir. Önerinin tek bir üyeye dahi gönderilmemiş olması kararın geçersizliği sonucunu doğurur. Sirküler tipi karar alma usulünde üyelerin karşılıklı tartışma ve konuyu müzakere etmeleri olanağının bulunmaması bir dezavantaj teşkil etmekte ve önerinin bir kısım üyelere gönderilmemesi yolu ile kötüye kullanımı mümkün görünmektedir. Kararın geçerliliğinin karar önerisinin tüm üyelere gönderilmesi şartına bağlanmış olması bu durumu engellemek adına isabetlidir. Bu şekilde bir karar alınabilmesi için aranan ikinci koşul ise herhangi bir üyenin sözlü görüşme isteminde bulunmamasıdır. Üyelerden herhangi birisi sözlü görüşme talebinde bulunursa sirküler tipi karar alma usulü işletilemez. Sirküler tipi ile alınabilecek kararların niteliği konusunda kanunda herhangi bir sınırlama getirilmemiştir. Bu sebeple her türlü kararın bu şekilde alınması mümkündür. Önerinin tüm ortaklara gönderilmesi gerekliliği karar nisabının da oybirliği olması sonucunu doğurmamaktadır. TTK m. 390/4 uyarınca en az üye tam sayısının çoğunluğunun yazılı onayı kararın alınması için yeterli addedilmektedir.

Yönetim kurulu, bütün görevlerini mutlak surette kurul olarak yerine getirmek zorunda değildir. Yönetim kurulu, TTK m. 366/2'ye göre, işlerin gidişini izlemek, kendisine sunulacak konulara ilişkin raporlar hazırlamak, kararlarının uygulanmasını sağlamak, yatırımları gözetim altında tutmak ve iç denetimi sağlamak amacıyla, şirketin ihtiyacına göre içlerinde yönetim kurulu üyelerinin bulunabileceği komite ve komisyonlar kurabilir. Bu hüküm uyarınca icra komiteleri, geçici komisyonlar, iç kontrol ve iç denetim sistemi çerçevesinde komitelerin kurulması mümkündür³⁴.

Ayrıca yönetim kurulunun geniş bir şekilde düzenlenmiş görev ve yetkilerinin devri de söz konusu olabilir. KoopK m. 58 uyarınca ana sözleşme, genel kurula veya yönetim kuruluna kooperatifin yönetimini ve temsilini kısmen veya tamamen kooperatif ortağı bulunmaları şart olmayan bir veya birkaç müdüre veya yönetim kurulu üyesine tevdi etmek yetkisi verebilir³⁵.

³⁴ Tekinalp, N.12-32. Bu hükmeye göre yönetim kuruluna işlerde yardımcı olacak, yönetim kurulunun bünyesinde oluşturulacak ve ona bağlı çalışacak komite ve komisyonların hangi konularda kurulacakları, üye sayısı gibi konularda yönetim kurulu serbesttir. Bu komite ve komisyonların ayrı karar alma yetkileri bulunmamaktadır. Bu komite ve komisyonlara TTK m. 367/1 ve TTK m. 370/2 c.1 anlamında temsil yetkisi devredilemez ve TTK m. 553/2 hükmü uygulama alanı bulmaz. Mehmet Helvacı, “Yönetim Kurulunun Anonim Şirketi İdare ve Temsili, Özellikle Devredilemez Görev ve Yetkileri”, *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 9(117-118), 2014, s.121.

³⁵ İsviçre hukukunda İsvBK m. 898/2 uyarınca kooperatifin İsviçre’de ikamet eden bir kişi tara-

KoopK m. 56 ve 58 birlikte değerlendirildiğinde, yönetim kurulunun temsil yetkisini bir veya birden fazla murahhas üyeye veya müdür olarak üçüncü kişilere devredebileceği sonucuna varılmaktadır³⁶. Bununla birlikte en az bir yönetim kurulu üyesinin temsil yetkisini haiz olması gerekir (TTK m. 370/2)³⁷.

II. YÖNETİM ve TEMSİL YETKİSİNİN DEVRİ

A. İsviçre Hukukunda Yönetim ve Temsil Yetkisinin Devri

1. Genel Olarak

İsvBK m. 897’de ana sözleşmenin yönetim kurulunun görev ve yetkilerinin bir kısmını kendisi tarafından seçilen bir veya daha fazla kurula devrine imkân tanyabileceği düzenlenmiştir³⁸. İsvBK m. 898’de ise ana sözleşmenin genel kurula veya yönetim kuruluna şirket işlerinin yönetimini veya belirli kısmını ve temsil yetkisini kooperatife üye olmak zorunda olmayan bir veya daha fazla kişiye, yöneticiye veya müdüre devretme yetkisi verebileceği belirtilmiş ve böylece tüm temsil ve yönetimin üçüncü kişilere bırakılabileceği ifade edilmiştir³⁹. İsvBK m. 898/2’de kooperatifin İsviçre’de ikamet eden bir

findan temsil edilebilmesi gerekmektedir. Bu kişinin yönetim kurulunun bir üyesi, kooperatifin yöneticisi veya müdürü olması gerekir. Ayrıca bu kişinin İsvBK m. 837’de belirtilen sicile erişimi olmalıdır. İsviçre Borçlar Kanunu’nda 12.Aralık 2014 tarihli değişiklik ile 1 Haziran 2015 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere kooperatiflerde şeffaflığın sağlanması için 837 madde değiştirilmiş ve her bir kooperatifin sicili tutması gerekliliği öngörülmüştür. Hüküm uyarınca kooperatif, ortakların adı, soyadı ve ticaret unvanı ile adreslerini sicile kaydetmelidir. Sicil İsviçre’de her zaman erişilebilecek şekilde tutulmalıdır. Hükümün ikinci fıkrasında ise ortakların kooperatife girmelerine ilişkin belgelerin üyenin sicilden silinmesi tarihinden itibaren 10 yıl süreyle saklanması gerektiği düzenlenmiştir. Ayrıca bkz.: Kilgus/Fabrizio, Art. 847, N. 4 vd. Kooperatifler Kanunu’nda ise temsilcinin yerleşim yeri veya vatandaşlığına ilişkin bir sınırlama getirilmemiştir. Ancak KoopK m.56/1 uyarınca üyelerin Türk vatandaşı olma zorunluluğu dikkate alındığında, TTK m. 370/2 gereği bir en az bir temsilcinin kooperatif ortağı olacağı sonucu ortaya çıkacaktır.

³⁶ Kanunda murahhas üye ve müdür tabirlerinin karıştırıldığı ve KoopK m. 56 ile KoopK m. 58’in birlikte mütalaa edilmesi gerektiği yönünde bkz.: Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), Ortaklıklar Hukuku II, N. 1951.

³⁷ Karş.: Gönen Eriş, *Açıklamalı-İçtihatlı Uygulamalı Kooperatifler Hukuku*, 3. Baskı, Seçkin Yayınevi, 2001, s. 945.

³⁸ Yetki ve görevlerin komitelere, yöneticilere ve müdürlere ana sözleşme çerçevesinde devredilmesine izin verilir ve böylece kooperatife organizasyonunun tasarımı büyük bir özgürlük tanınır. Wernli/Rizzi, Art. 894, N. 2.s

³⁹ Max Gutzwiller, *Art. 879-926 OR. Die Genossenschaft. Organisation der Genossenschaft. Auflösung der Genossenschaft. Verantwortlichkeit. Genossenschaftsverbände. Beteiligung von Körperschaften des öffentlichen Rechts*, Schulthess Verlag, 1974, Art. 897-899 N.12; Rolf Watter R, *Basler Kommentar Art. 530-964OR*, Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt, Rolf Watter (Hrsg), Helbing Lichtenhahn Verlag, 2016, Art. 898, N.1; Müller/ Fornito, Art.

kişi tarafından temsil edilebilmesi gerektiği, bu kişinin yönetim kurulunun bir üyesi, kooperatifin yöneticisi veya müdürü olabileceği düzenlenmiştir. Ayrıca bu kişinin İsvBK m. 837’de belirtilen sicile erişimi olması aranmıştır. İsvBK m. 833/1 b.6’da ise kooperatifin organizasyonu, temsili, ana sözleşme değişikliği ve genel kurul kararı alınmasına ilişkin mevzuat hükümlerine aykırı düzenlemelerin bağlayıcı olması için ana sözleşmede yer alması gerekliliği belirtilmiştir.

Doktrinde konunun iki ayrı hükümde düzenlenmiş olduğu dikkate alınarak, yönetim kurulunun görev ve yetki devrinin yönetim kurulunun kendi içinde oluşturacağı komitelere veya üyelere devri ile üçüncü kişilere devri arasında ayırım yapılmakta ve yönetim ile temsilin devri konusu bu ayırım altında incelenmektedir.

2. Yönetim Görev ve Yetkisinin İcra Kuruluna (Yönetici Komite) Devri

Tüm görev ve yetkilerin bütün bir yönetim kurulunca yerine getirilmesi, sadece küçük ve/veya görece faaliyetleri daha sınırlı olan kooperatiflerde düşünülebilir. Şirketin önemli ve büyük faaliyetleri varsa böyle bir organizasyon işlevsel değildir. İsvBK m. 897’e göre, ana sözleşme ile yönetim kurulunun görev ve yetkilerinin bir kısmının bir veya daha fazla icra kuruluna (yönetici komite/*Verwaltungsausschüssen*) devredilmesi mümkündür⁴⁰. Böyle bir delegasyon mutlaka ana sözleşmesel bir temel gerektirir. Birden fazla kurul varsa bunlar yatay olarak organize edilebilir, ancak hiyerarşik bir yapı da düşünülebilir⁴¹.

Genel kurula yönetim kurulunun yanı sıra yönetim görevini devretme yetkisi de verilebilir. Bu halde delegasyon yönetim kurulu veya genel kurul kararı ile gerçekleştirilir⁴². Bununla birlikte yönetim kurulu ana sözleşmede bir düzenleme olmasa dahi yönetim kurulu kararlarının hazırlanmasını ve uygulanmasını yönetim kurulu üyelerinden birine devredebilir⁴³. Yönetim kurulu, gerekli ana sözleşmesel dayanak olmaksızın hazırlık ve yürütmenin

898, N. 2.

⁴⁰ Herzog, s. 108.

⁴¹ Watter/Pellanda, Art. 897, N.5.

⁴² Müller /Fornito, Art. 898, N. 3; Komitenin fiili düzenlenmesi genel kurul veya yönetim kurulu kararına bırakılabilir. Watter/Pellanda, Art.897, N. 3.

⁴³ Watter/Pellanda, Art. 897, N. 6; Müller/Fornito, Art. 897, N. 5.

ötesine geçen görevleri devrettiği takdirde ise komite üyelerini doğru seçtiği, talimat verdiği ve denetlediği gerekçesiyle sorumluluktan kurtulamaz⁴⁴.

İcra kurulları, yönetim kurulunun seçilmiş üyelerinden oluşur. Dolayısıyla bu, yürütme içerisinde bir delegasyondur ve kurul üyeleri tanım gereği aynı zamanda yönetim kurulu üyesi olması gerekir. Kurul üyeleri yönetim tarafından seçilirler. Uygulamada denetim, ücret belirleme, strateji ve konumlandırma, uyum ve etik komiteleri özellikle yaygındır⁴⁵. İcra kurulları aracılığıyla, özel uzmanlık bilgisine ve uzmanlığa veya özel ilgi alanlarına sahip üyeler, bir komitede bir araya getirilebilir. Bu da alınacak kararların niteliğini artırır. Ayrıca kişi sayısının az olması nedeniyle kurulların oluşturulması, tüm yönetim üyelerinin katılımını gerektirmediğinden, işlerin daha hızlı ve çabuk tamamlanmasına hizmet eder. Böyle bir yapılanma danışma ve karar almayı birbirinden ayırarak, aynı zamanda çıkar çatışmalarını da ortadan kaldırırlar. Bu nedenle kurulların oluşumu, iş bölümü ve mesleki örgütlenmeye yönelik işlevleri bakımından kooperatif hukukunda da önemli bir yer tutar ve özellikle büyük kooperatiflerde vazgeçilmez niteliktedir⁴⁶.

Kanunda yönetim kurulunun görevlerini kurullara ne ölçüde devredebileceği konusunda açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu nedenle yetki devrinin kapsamı doktrinde tartışmalıdır. Doktrinde bir kısım yazarlar, hükümde “*görevlerin bir kısmının*” devredilmesinden söz edilmesine rağmen, yönetime ilişkin görevlerin devredilmesi konusunda herhangi bir sınırlama olmadığını, sadece yönetim kurulunun her bir üyesinin devredilen görev ve yetkilerin kapsamına bakılmaksızın, en azından gözetim ve buna bağlı olarak usulsüzlük durumunda müdahale etme yükümlülüğünün bulunduğunu savunmaktadır⁴⁷. Doktrinde savunulan diğer bir görüş ise, anonim şirketler hukuku düzenlemelerinin burada da geçerli olması gerektiğini belirtir ve İsvBK m. 716a/1’de belirtilen görevlerin devredilemez nitelikte olduğunu savunur⁴⁸. Doktrinde savunulan bir diğer görüş ise, yönetim kurulunun

⁴⁴ Herzog, s.109.

⁴⁵ Herzog, s. 109.

⁴⁶ Herzog, s. 110.

⁴⁷ Anonim şirketten farklı olarak, kanunun bazı görevlerin devrini öngörmüş olsa da devredilebilirlik bakımından maddi bir sınırlama getirmediği, ancak başta bir kurula üye olmayanlar olmak üzere yönetim kurulunun tüm üyelerinin en azından gözetim yükümlülüklerinin bulunduğu yönünde Watter/Pellanda, Art.897, N. 2; Müller/Fornito, Art. 897, N. 2.

⁴⁸ Meier-Hayoz/Forstmoser/Sethe, § ve19, N.132; Franco Taisch, *Genossenschaftsgruppen und deren Steuerung*, Dike Verlag, 2009, N 261; Walter Gerber, *Die Genossenschaft als Organi-*

İsvBK m. 891 uyarınca yönetim kurulunun genel kurul kararlarının iptalini talep etme, İsvBK m. 903 uyarınca kooperatifin borca batıklık ve sermaye kaybı durumunda bildirim yükümlülüğü, İsvBK m. 905 uyarınca atanan komite ve kişileri görevden alma ve ticaret sicili ile yapılan işlemleri devredilemez nitelikte görür⁴⁹. Toplantı tutanaklarının tutulması, gerekli iş defterlerinin tutulması, yıllık raporun yasal mevzuata uygun olarak hazırlanması, bunların incelenmesinin sağlanması, kooperatif üyelerinin giriş ve çıkışlarının ticaret siciline bildirilmesi konusunda öngörülen yükümlülükler, vergi yükümlülükleri ve özel görevlerin yerine getirilmesi amacıyla birleşme, tasfiye ve iflas hallerinde de en azından yönetim kurulunun genel gözetim/ nezaret yükümlülüğü bulunmalıdır⁵⁰.

İsvBK m. 897 açıkça tek bir kişiye yetki devri öngörmediğinden, tek bir murahhas üye atanmasının kabul edilebilirliği tartışmalıdır. Bununla birlikte, İsvBK m. 898’/1’in yönetimin üye olmayan tek bir kişiye devredilmesine ve dolayısıyla yetkinin üye olmayan bir kişi üzerinde yoğunlaşmasına izin verdiği dikkate alındığında, tek bir yönetim kurulu üyesine de yönetim yetkisinin devredilmesi caiz kabul edilmektedir⁵¹.

Yönetim yetkisinin devri halinde, yönetim üyelerinin sorumluluğu, *curae in eligendo*(seçme), *instruendo*(talimat verme) ve *custodiendo*(gözetim) ile sınırlıdır⁵². Delegasyon halinde yönetim kurulunun örgütlenmeye ilişkin bir düzenleme (iç yönerge/*Organisationsreglement*) yapması gerekliliği öngörülmemiştir. Ancak doktrinde devredilen yetkilerin açıkça tanımlanması ve örgütlenmeye ilişkin düzenleme yapılması sorumluluğun sınırlanmasında ispat açısından önerilir⁵³. Düzenlemenin belirli bir isim altında yapılması şart değildir, yönetim kurulu karar tutanağına kaydedilmesi de mümkündür. Görevlerin, kimin kime bağlı olduğunun, bilgi iletim ve kontrol sistemlerinin açıkça düzenlenmesi, yönetim kurulunun yetki devri ve kapsamı hakkında kanıt sunabilmesini sağlar. Bu bağlamda ispat bakımından örgütsel düzenlemelerin oluşturulması rasyonel görünmekte ve tavsiye edilmektedir. Ancak bu bir

sationsform von Mittel- und Grossunternehmen, Stämpfli Verlag, 2003, s. 46

⁴⁹ Hans Wolfer, *Die Genossenschaftsverwaltung nach schweizerischem Recht*, Diss.Basel 1947, s. 73.

⁵⁰ Wolfer, s. 73; ayrıca bkz.: Herzog, s. 112.

⁵¹ Herzog, s. 110-111.

⁵² Watter, Pellanda, Art.897, N. 4; Müller/Fornito, Art. 897, N. 4.

⁵³ Müller/Fornito, Art. 897, N. 4; Herzog, s. 113.

zorunluluk arz etmez⁵⁴.

3. Yönetim ve Temsil Yetkisinin Üçüncü Kişiye Devri

Kooperatifin temsil ve idaresi, kural olarak yönetim kurulu sorumluluğundadır. Ancak şirketin önemli işlevsel faaliyetleri yönetim kurulunun tek başına yerine getirmesinin mümkün olmayışı ve belirli koşullar altında uygun yöneticilerden yoksun olması söz konusu olabilir. Bu nedenle yönetim kurulu, İsvBK m. 898 uyarınca, yönetimi veya onun bireysel bölümlerini ve temsilini, kooperatife üye olması gerekmeyen bir veya daha fazla kişiye, yöneticiye veya müdüre devretmesine izin verilmektedir. İsvBK m. 898’de böylece üçüncü kişiye yetki devri düzenlenmiştir. Üçüncü kişi yönetim kuruluna veya kooperatife üye olması gerekmeyen, yani şirket dışından olan kişilerdir. Üçüncü kişilere yetki devri, İsvBK m. 897 anlamında icra kuruluna yetki devri ile birleştirilebilir⁵⁵. Bununla birlikte İsviçre doktrininde yönetimin kooperatif üyesi olması gerekmeyen üçüncü kişilere emanet edilebilmesinin kooperatif düşüncesi ile bağdaşmadığı da savunulmuştur⁵⁶.

Üçüncü kişiye yönetim ve temsil yetkisinin devri için ana sözleşmede bu konuda bir düzenleme olması gerekir. Bu düzenleme, genel kurula veya yönetim kurulunun kendisine üçüncü şahısları atama ve görevleri onlara devretme yetkisi verebilir. Ana sözleşmede bir dayanak varsa fiili yetki devrinden genel olarak yönetim kurulu sorumludur. Ancak, her bir yetki devri kararının yerine getirilmesi konusunda genel kurula görev verilmesi de mümkündür. Bu sayede fiili görevlendirme genel kurul kararıyla gerçekleştirilir⁵⁷.

İsvBK m. 898’de yetki devrinin kaç kişiye yapılabileceği hususunda sayısal tespit kooperatife bırakılmıştır. Çoğunlukla ek iş olarak yapılan yönetim kurulu üyeliğinin aksine, yönetimin devri, konusunda uzman kişilere yapılır. Bu, günlük işlerde kararların ve eylemlerin kalitesini artırır. Ancak yönetimin devredildiği kişiler ile yönetim kurulu arasında uzmanlık bilgisi ve deneyim açısından bir boşluk oluşması riski de bulunmaktadır. Bu durum yönetim kurulunun izleme ve denetleme görevlerini doğru şekilde yerine getirememesine de neden olabilir. Bu denge önem taşır. Zira yönetim görevleri kapsamlı bir şekilde murahhaslara devredildiğinde, yönetim kurulu

⁵⁴ Müller/Fornito, Art. 897, N.4.

⁵⁵ Herzog, s. 116; Müller/Fornito, Art. 898, N. 2.

⁵⁶ Gutzwiller, Art. 897 – 899, N. 60.

⁵⁷ Herzog, s. 116; Müller/Fornito, Art. 897, N. 3; Watter/Pellanda, Art. 897, N.3.

bir gözetim organı olarak işlev görür⁵⁸. Yetki devrinin kapsamını sınırlayan bir hüküm kanunda yer almamaktadır. Ancak yönetim kurulunun şirket işlerinin yönetiminin özünü teşkil eden görev ve yetkilerini, bu bağlamda üst yönetim kapsamında amaçların belirlenmesi ve bu amaçlara ulaşmada kullanılan araçların tespiti ile gözetim yükümlülüğünün devredilemeyeceği kabul edilmektedir⁵⁹. Ayrıca İsvBK m. 897'ye paralel şekilde, İsvBK m. 905 uyarınca görevlendirilen komitelerin ve kişilerin görevlerine son verme veya askıya alma yetkisinin, muhasebeyi organize etme, izleme ve mali durumu düzenli olarak gözden geçirme yükümlülüğünü içeren nihai mali sorumluluğun (İsvBK m. 903, İsvBK 725 vd.); sermaye kaybı ve borca batıklık durumunda alınması gereken önlemlerin alınmasının (İsvBK m.903; 725vd.) ve İsvBK m. 891 uyarınca genel kurul kararlarının iptalini talep etme görev ve yetkilerinin devredilemez nitelikte olduğu kabul edilir⁶⁰.

Temsil yetkisinin üçüncü kişiye devri halinde, anonim şirketlerde (İsvBK m. 718/3) olduğu gibi en azından bir yönetim kurulu üyesinin tek başına veya başka bir üye ile birlikte temsil yetkisini haiz olması gerekliliği kooperatifler için de uygulanması gereken bir düzenleme olarak kabul edilmektedir⁶¹.

İsvBK m. 898/2'de kooperatifin İsviçre'de ikamet eden bir kişi tarafından temsil edilmesi gerektiği, bu kişinin yönetim kurulu üyesi, yönetici veya müdür olması gerektiği düzenlenmiştir⁶². Düzenleme, İsviçre'de kişisel bağlantı noktası sağlayarak şirket ilişkilerinin şeffaflığına katkıda bulunmayı ve şirketle yasal olarak bağlayıcı bir iletişimin sağlanmasını amaçlamaktadır⁶³. Kooperatif içinde şeffaflık sağlamak amacıyla, 2012 yılında revize edilen GAFI tavsiyelerinin uygulanması kapsamında, İsviçre'de ikamet eden kişiyi temsil etmeye yetkili kişinin, İsvBK m. 837'de belirtilen sicile erişimi olması

⁵⁸ Herzog, s. 117.

⁵⁹ Herzog, s. 118; Tüm görev ve yetkileri devretse de yönetim kurulunun gözetim görevini üstlenmesi gerekir. Müller/Fornito, Art. 898, N. 5; Watter, Art. 898, N. 4.

⁶⁰ Herzog, s. 118.

⁶¹ Watter, Art. 899, N. 1; Karş.: Gutzwiller, Art. 899, N. 12; Art. 902, N.6.

⁶² Doktrinde bir kısım yazara göre bu üyenin birlikte imza hakkına sahip olması yeterlidir. Bu görüşe göre yönetim kurulu üyesinin bir üyesinin kooperatifi bağımsız olarak temsil edebilmesi gerekir. Diğer imza yetkililerinin bu şartı yerine getirmesi koşuluyla bu kişi veya kişilerin İsviçre'de ikamet etmesi gerekli değildir. Watter, Art. 898, N.1. Aksi görüş ise hükmün lafzını dikkate alarak münferit imza yetkisini haiz olması gerektiğini savunur. Ancak bu kişinin yönetim kurulu üyesi olması şart değildir. Herzog, s. 119.

⁶³ Müller /Fornito, Art. 898, N.8.

aranmıştır⁶⁴.

Üçüncü kişiye yetki devri halinde bir iç yönerge düzenlenmesi zorunluluğu kanunda öngörülmemiştir. Ancak doktrinde sorumluluğun seçme, talimat verme ve gözetim ile sınırlanmasında özellikle yöneticilerin sorumluluk sınırlarının ayrıntılı olarak belirlenmesi gerektiği belirtilmektedir. Bu bağlamda bilgi akış sistemi ve raporlamalar kayıt altına alınmalı ve iş ilişkilerine uygun bir iç kontrol sistemi sağlanmalıdır⁶⁵.

B. Türk Hukukunda Yönetim ve Temsil Yetkisinin Devri

1.Yönetim ve Temsil Yetkisinin Devrine İlişkin Esaslar

Kooperatif yönetim kurulu üyelerinin görev ve yetkilerinin devri KoopK m. 58’de düzenlenmiştir. Anılan hükme göre ana sözleşme, genel kurula veya yönetim kuruluna kooperatifin yönetimini ve temsilini kısmen veya tamamen kooperatif ortağı bulunmaları şart olmayan bir veya birkaç müdüre veya yönetim kurulu üyesine tevdi etmek yetkisi verebilir. KoopK 58 hükmü, anonim şirket hükümlerinden farklı olarak hem yönetim hem de temsil yetkisinin devrini düzenlemiştir. KoopK m. 56/5’te ise yönetim kurulu üyelerinden bir veya birkaçının temsil yetkisini haiz murahhas üye seçilebileceği, murahhas üyelerin seçilmelerinin ve değiştirilmelerinin Ticaret Siciline tescil edilmesi gerektiği hükme bağlanmıştır. Anonim şirket hükümlerinde, yönetim ve temsil yetkisinin devri ayrı hükümlerde ele alınmış ve yönetimin devrinin ele alınmıştır. Yönetimin devrinin ele alındığı TTK m. 367’de yönetim kurulunun esas sözleşmeye konulacak bir hükümle ve düzenleyeceği iç yönergeye göre, yönetimi, kısmen veya tamamen bir veya birden fazla yönetim kurulu üyesine veya üçüncü kişiye devretmeye yetkili kılınabileceği belirtilmiştir. Temsil yetkisinin düzenlendiği TTK m. 370/1’de ise esas sözleşmede aksi öngörülmemiş ise veya yönetim kurulu tek kişiden oluşmuyor ise temsil yetkisinin çift imza ile kullanılmak üzere yönetim kurulunda olduğu belirtilmiş, hükmün ikinci fıkrasında ise yönetim kurulunun, temsil yetkisini bir veya daha fazla murahhas üyeye veya müdür olarak üçüncü kişiye devredebileceği, en az bir yönetim kurulu üyesinin temsil yetkisini haiz olması şart olduğu düzenlenmiştir.

KoopK m. 58’de kooperatifin temsiline ilişkin genel bir kural getirilmemiştir. Bu halde kooperatiflerde temsil yetkisi Koop K m. 98 atfı

⁶⁴ Müller /Fornito, Art. 898, N.9.

⁶⁵ Herzog, s. 119.

ile uygulama alanı bulacak TTK m. 370 uyarınca ana sözleşmede aksine bir düzenleme mevcut değilse çift imza ile kullanılmak üzere yönetim kuruluna aittir⁶⁶. Ancak yönetim kurulu üyelerinden bir veya birkaçı kooperatifi temsil yetkisini haiz murahhas üye seçilebilir. (KoopK m.56/5). Murahhas üyelerin seçilmesi ve değiştirilmesi Ticaret Siciline tescil ettirilir (Koop K m. 56). Bu halde yönetim hakkı gibi temsil yetkisi de bölünebilir.

Yönetim ve temsil yetkisinin devri bakımından Koop K m. 58 anonim şirketlerden farklı olarak hem yönetim kurulunun hem de genel kurulun bu konuda yetki sahibi olmasına imkân tanımıştır. Yönetim görev ve yetkisinin ne oranda devredilebileceği konusunda KoopK'da açık bir düzenleme mevcut değildir. KoopK m. 42'de genel kurulun devredemeyeceği yetkiler sayılmış iken, yönetim kurulu bakımından bu yönde bir düzenleme getirilmemiştir. Ancak anonim şirketlerde yönetim kurulunun devredemeyeceği görev ve yetkilerinin düzenlendiği TTK m. 375 dikkate alınarak⁶⁷, kooperatifin üst düzeyde yönetimi ve bunlarla ilgili talimatların verilmesi ve yönetimle görevli kişilerin özellikle kanunlara, ana sözleşmeye, iç yönergelere ve yönetim kurulunun yazılı talimatlarına uygun hareket edip etmediklerinin üst gözetimi görev ve yetkilerinin devredilemez nitelikte olduğu kabul edilebilir. TTK m. 62/1'de yönetim kurulunun, kooperatif işlerinin yönetim için gereken titizliği göstereceği ve kooperatifin başarısı ve gelişmesi yolunda bütün gayretini sarf edeceği düzenlenmiş, şirketin yönetimi, kooperatifin başarısı ve gelişmesi yolundaki görevlerin yerine getirilmesinin yönetim kurulunun sorumluluğunda olduğu belirtilmiştir⁶⁸. Yönetim faaliyeti planlama, organizasyon, koordinasyon, şirket politikasını belirleme, kontrol, temsil görevlerinden oluşan üst düzey karar verme ve üst düzey gözetimden

⁶⁶ Kooperatif Örnek Ana Sözleşmeler m. 49/1'de "*Kooperatif adına düzenlenecek evrakın muteber olması veya kooperatifin ilzamu için, kooperatif unvanı altında temsile yetkili olanlardan ikisinin imzası gereklidir.*" düzenlemesi mevcuttur. <<https://ticaret.gov.tr//kooperatifcilik/mevzuat/anasozlesmeler/il-mudurluklerince-kurulusu-yapilan-kooperatif-anasozlesmeleri>> Erişim Tarihi 14 Ocak 2024.

⁶⁷ İsviçre hukukunda Kanun ve ana sözleşmede yönetim kurulunun görev ve yetkisi kapsamında olup olmadığı hususunda açıklık olmayan konular bakımından somut duruma göre bir tespit yapılması gerektiği, zira İsvBK m. 716/1'e (TTK m. 374) paralel şekilde yönetim kurulu lehine bir yetki varsayımı düzenlenmemiş olduğundan kanunun sessiz kalması halinde, bir önlemin yönetim kurulunun veya genel kurulun yetki alanına girip girmediği hususunda her bir olay için ayrı ayrı karar verilmesi gerektiği ifade edilmektedir. Wernli/Rizzi, Art. 894, N.3

⁶⁸ İsvBK 902/1 bakımından aynı yönde Herzog, s. 99.

müteşekkildir⁶⁹. Üst yönetim⁷⁰ ve üst gözetim yönetim işlevinin ayrılmaz bir parçası olup, üst gözetim görevi kapsamında gözetim organizasyonuna, bunun etkinliğine, bilgi akışı teminine, temin edilen bilgileri muhakeme etme ve gerektiğinde bilgilerin güvenilirliğini kontrol, analiz, iktisadi ve normatif denetime yönelik geniş görevleri içerir⁷¹. TTK m. 375 1a ve e'de şirketin üst düzeyde yönetimi ve gözetimi yönetim kurulunun devredilemez görev ve yetkileri olarak düzenlenmiştir. Aynı esas kooperatif yönetim kurulu bakımından da geçerlidir (KoopK m.98).

Ayrıca muhasebe, finans denetimi ve şirketin yönetiminin gerektirdiği ölçüde finansal planlama için gerekli düzenin kurulması yönetim kurulunun devredemeyeceği görev ve yetkiler arasındadır. Yönetim kurulu kooperatiflerde finansman ile ilgili en üst düzeyde sorumlu organ olarak, şirketin muhasebe düzeni, finans denetimi ve finansal planlamasını oluşturmak ve sistemin işlemlerini sağlamakla görevlidir⁷². TTK m. 375/1 c uyarınca muhasebe, finans denetimi ve şirketin gerektirdiği ölçüde finansal planlama için gerekli düzenin kurulması yönetim kurulunun devredilemez görev ve yetkileri içinde yer almaktadır⁷³.

Pay, yönetim kurulu karar ve genel kurul toplantı ve müzakere defterlerinin tutulması, yıllık faaliyet raporunun ve kurumsal yönetim açıklamasının düzenlenmesi ve genel kurula sunulması, genel kurul toplantılarının hazırlanması ve genel kurul kararlarının yürütülmesi de

⁶⁹ Thomas E. Abeltshauer, *Leitungshaftung im Kapitalgesellschaftsrecht: Zu den Sorgfalts und Loyalitätspflichten von Unternehmensleitern im deutschen und im US-amerikanischen Kapitalgesellschaftsrecht*, Duncker und Humboldt Verlag, 1998, s. 29.

⁷⁰ TTK m. 375 gerekçesinde “Üst düzeyde yönetim” genel işletme politikası başta olmak üzere, yatırım, finansman, temettü gibi politikaların hedeflerinin karara bağlanması, bunlara ulaşılması için seçilen araçların gösterilmesi, hedeflere ulaşıp ulaşılmadığının veya ulaşıp ulaşılmayacağını belirlenmesi, bütçe uygulamasının kontrolü ve stratejilerin tespiti olarak tanımlanmıştır.

⁷¹ Beşir Fatih Doğan, “Yönetim Kurulunun Devredilmez Yetkileri ve Yönetim Yetkisinin Devri”, *MÜHFD*, Y. 2012, 18 (2) (s. 609-640), s. 620.

⁷² Akdağ Güney, s. 148.

⁷³ Muhasebe kayıtlarının bizzat yönetim kurulu tarafından tutulması gerekmemektedir. Bu bend kapsamında yönetim kurulunun devredilemez yetkisi muhasebe düzenin kurulmasıdır. Muhasebenin tutulması özel uzmanlık isteyen bir iş olup, bu iş devredilebilir. Gerekçe TTK m. 375; Doğan, s. 188. Yönetim, şirketin mali durumunu etkileyebilecek tüm unsurları ise izlemelidir. Yönetim kooperatifin mali durumunu düzenli olarak gözden geçirmekle yükümlüdür. Koop K m. 63 (İsvBK m. 903 atfı ile uygulanan İsvBK 725) kapsamındaki görevlerini yerine getirebilmesinin tek yolu budur. Ayrıca bkz.: Herzog, s. 101-102.

yönetim kurulunun devredemeyeceği görevler içindedir⁷⁴. TTK m. 375/1 f çerçevesinde kooperatifin defterlerinin tutulması ve yıllık faaliyet raporunun düzenlenerek genel kurula sunulması devredilemez görev ve yetkiler içindedir. Burada devredilemez olarak belirlenen yetkisi şirket defterlerinin usulüne uygun bir şekilde tutulmasını sağlamak olup, defter tutanları gözetleme görevidir⁷⁵. Yıllık faaliyet raporu yetkisi ise bizzat yönetim kurulu tarafından kullanılmalıdır. Ancak raporu kaleme alma görevi murahhaslara, yöneticilere veya yardımcı personele bırakılabilir⁷⁶. Ayrıca genel kurulun toplantıya çağırılması, toplantıdan sonra kararların yerine getirilmesi veya uygulanmasının sağlanması da yönetim kurulunun görevleri arasında yer almakta⁷⁷, TTK m. 375/1 f kapsamında genel kurul toplantılarının hazırlanması ve yürütülmesi görevleri yönetim kurulunun devredilemez görev ve yetkileri içerisinde bulunmaktadır⁷⁸. Ayrıca kooperatifin borca batıklık durumunda

⁷⁴ Genel kurul toplantıları TTK m. 409/3 uyarınca aksine esas sözleşmede düzenleme olmaması kaydıyla şirket merkezinin bulunduğu yerde yapılır. Ana sözleşme ile yönetim kuruluna genel kurul toplantısı yerini belirleme imkanı ancak yönetim kuruluna bölgesel olarak sınırlı bir seçim yetkisi tanınması veya belirlenen yerler arasında seçim yapma olanağının tanınması şeklinde geçerlidir. Emre Kalender, Anonim Şirketlerde Genel Kurul Toplantı Yerinin Esas Sözleşmede Gösterilmesi, *Batider* 35(2) 2019, s. 225.

⁷⁵ Her ne kadar defterlerin tutulması devredilemez bir görev ve yetki olarak belirtilmiş olsa da defterlerin bizzat yönetim kurulu tarafından tutulması gerekmez. Bu işlemlerin yönetim kurulu tarafından görevlendirilen personel tarafından yapılması mümkündür. Doğan, s. 203.

⁷⁶ Doğan, s. 204.

⁷⁷ Gerekli çağrı prosedürünün yerine getirilmesi ve Koop K m. 24 gereği ortakların bilgi edinmelerini temin amaçlı olarak yıllık faaliyet raporu, bilanço, gelir-gider farkı hesapları ve denetçilerin tanzim edecekleri raporları, genel kurulun yıllık toplantısından en az 15 gün öncesinden itibaren bir yıl süre ile kooperatif merkezinde, varsa şubelerinde ve elektronik ortamda Kooperatif Bilgi Sistemi'nde (KOOPBİS) ortakların tetkikine amade tutmakla yükümlüdürler. Yönetim kurulu genel kurulun toplantıya çağırılması, gündemin hazırlanması, ilanı ve genel kurul toplantısının yapılması için ortakların sıfatlarının tespiti ile ilgili görevleri yerine getirir (TTK m. 43,45,46). Kooperatif Bilgi Sistemine ilişkin bkz.: Şafak Narbay/ŞeNgül Al Kılıç, "7339 Sayılı Kanun'un Kooperatifler Kanunu ve Diğer Kanunlarda Yaptığı Değişiklikler Üzerine Düşünceler", *Regesta* 7(1) 2022, s. 16 vd. Yönetim kurulunun genel kurul toplantısına ilişkin görevleri, yıllık raporun hazırlanmasına özen gösterilmesini de içermektedir. Bu bağlamda denetçi raporunun oylanabilmesi için raporun muhasebe mevzuatına uygunluğu sağlamalıdır. Ayrıca, müzakere edilecek konuların yani gündemin, müzakereye imkân sağlayacak şekilde tam olarak hazırlanması gerekir. Genel kurulu kanun ve ana sözleşmeye uygun surette toplantıya çağırarak ve gündemi ve ana sözleşme değişikliği söz konusu ise önerilen değişiklikleri duyurmak yönetim kurulunun görevleri arasındadır. İsviçre hukukunda genel kurulu İsvBK m. 881/1 uyarınca toplantıya çağırarak ve İsvBK m. 883/1 uyarınca gündemi ve eğer ana sözleşme değişikliği söz konusu ise önerilen değişiklikleri duyurmakla yükümlü olduğu yönünde Herzog, s. 102-103.

⁷⁸ Burada devredilemez olarak ifade edilen görev ve yetki yönetim kurulunun genel kurul kararlarının bizzat icrası etmesi değil, bunların icrasının sağlanmasından sorumlu olmasıdır.

mahkemeye bildirimde bulunulması görev ve yetkilerini yönetim kurulunun devredemeyeceği söylenebilir⁷⁹.

KoopK m. 58'de ana sözleşmenin yönetim kurulunun yanı sıra genel kurula da yönetim ve temsil yetkisini tevdi imkânı tanınmıştır. Bu sebeple anonim şirketlerde yönetim kuruluna münhasır ve devredilemez nitelikte görülen yönetim teşkilatının belirlenmesi, şube müdürleri hariç olmak üzere müdürlerin ve aynı işleve sahip kişiler ile imza yetkisini haiz bulunanların atanmaları ve görevden alınmaları görev ve yetkisi⁸⁰ kooperatif yönetim kurulu bakımından söylenemez. Ancak bu konuda ana sözleşmede yönetim kurulu yetkili kılınmış ise bu görev ve yetkilerin nihai sorumluluğunu TTK m. 375 anlamında yönetim kurulu taşımalı ve devre imkân tanınmamalıdır. Ayrıca KoopK m. 63'te kooperatifin aczi halinde yapılacak işler ve KoopK m. 53 uyarınca genel kurul kararlarının iptalini talep etme görev ve yetkisi yönetim

Genel kurul kararlarının yerine getirilmesi konusunda gerekli talimat verilmesi ve gözetmedir. Akdağ Güney, s. 152; Doğan, s. 209.

⁷⁹ KoopK m. 63 gereği kooperatifin aczi halinde bulunduğunu kabul ettirecek ciddi sebepler mevcut ise, yönetim kurulu piyasada cari fiyatlar esas olmak üzere, derhal bir ara bilançosu tanzim etmelidir. Son yılın bilançosu veya daha sonra yapılan bir tasfiye bilançosu veyahut ara bilançosu kooperatif mevcudunun, borçlarını artık karşılayamayacağını ortaya koyuyor ise yönetim kurulu, Ticaret Bakanlığına ve yapı kooperatiflerinde İmar ve İskân Bakanlığına (Çevre ve Şehircilik Bakanlığı) durumu bildirir. Genel kurulu derhal olağanüstü toplantıya çağırır. Pay senetleri çıkarılmış olan bir kooperatifte son yılın bilançosunda kooperatif varlığının yarısı karşılıksız kalırsa yönetim kurulu derhal genel kurulu toplantıya çağırarak durumu ortaklara sunar. Aynı zamanda ilgili mahkemeye, Ticaret Bakanlığına ve yapı kooperatiflerinde İmar ve İskân Bakanlığına (Çevre ve Şehircilik Bakanlığı) bilgi verir. Ancak, ortakları ek ödemelerle yükümlü olan kooperatiflerde, bilançoda tespit edilen açık, üç ay içinde ortakların ek ödemeleriyle kapanmadığı takdirde Ticaret Bakanlığı ve yapı kooperatiflerinde İmar ve İskân Bakanlığı (Çevre ve Şehircilik Bakanlığı) da haberdar edilir. Mali durumun düzeltilmesinin mümkün görülmesi hâlinde yönetim kurulu veya alacaklılardan biri konkordato da talep edebilir. İsviçre hukukunda da İsvBK m. 903 atfı ile uygulama alanı bulan İsvBK m. 725 vd. uyarınca kooperatifin aczi halinde, ödeme kabiliyetini sağlayacak önlemleri alması gerektiği, yeniden yapılandırma tedbirleri almak veya genel kurula başvurmak ve gerekiyorsa borçların ertelenmesi için başvuruda bulunmakla yükümlü olduğu görülmektedir. Yönetim kurulu, borca batıklık konusunda haklı bir endişe bulunduğunu tespit etmesi durumunda derhal satış değerleri ve işletmenin sürekliliği değerlerine ilişkin ara mali tablolar hazırlamalı, her iki ara mali tabloya dayanarak borca batıklık durumunun ortaya çıkması durumunda mahkemeye bilgi vermelidir. Herzog, s. 101-102.

⁸⁰ 7511 Sayılı Sayılı Türk Ticaret Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun m. 14 ile

TTK 375/1 d hükmüne “*Şube müdürleri hariç olmak üzere*” ifadesi getirilmiş olup, anonim şirketlerde, şirketin üst düzey yöneticileri dışında kalan kişilerin atanma ve görevden alınmalarına dair yetkinin yönetim kurulunca devredilmesine olanak sağlanmıştır. Bkz.: 7511 Sayılı Türk Ticaret Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun m.14, RG T.29.05.2024, S. 32560.

kurulunun devredemeyeceği görev ile yetkiler arasındadır. Keza KoopK m. 64’te yönetim kurulunun işlerin görülmesi ile görevlendirdiği kimseleri ve atadığı müdürleri ve diğer temsilci ve vekilleri her zaman azledebileceği düzenlenmiş olup, yönetim kurulunun hükümde belirtilen yetki ve görevini de devretmesi söz konusu değildir.

Temsil yetkisinin tamamen üçüncü kişiye devri ise her ne kadar KoopK m. 58/1’de bu yoruma açık bir ifade yer almış olsa da böyle bir kabul yönetim kurulu üyelerini ortak olma şartına bağlayan KoopK m. 55/2 ile çelişecektir. Burada anonim şirketlerde temsile ilişkin TTK m. 370/2’nin KoopK m. 98 atfı ile uygulanması ve temsil yetkisinin devri halinde yönetim kurulu üyesinden birinin temsil yetkisini haiz olması gerekliliği kabul edilmektedir. TTK m. 370/2’de kanun koyucu yönetim kurulunun yasanın kendisine verdiği temsil yetkisini tamamıyla üçüncü kişiye bırakmasına izin vermemiş yönetim kurulu üyelerinden en az birisinin temsil yetkisini muhafaza etmesini istemiştir⁸¹. Aynı gereklilik kooperatifler bakımından da söz konusudur. Hüküm temsil yetkisinin üçüncü kişilere devri halinde uygulanacak olup, bu durumda ana sözleşmede münferit imza kuralı geçerli ise temsil yetkisi muhafaza edilen yönetim kurulu üyesi kooperatifi tek başına temsile yetkili olacaktır. Ancak ana sözleşmede münferit imza kuralı benimsenmemiş ise TTK m. 370/1’de yer alan temsil yetkisinin çift imza ile kullanılması kuralı nedeniyle temsilci olarak atanacak üçüncü kişi ile birlikte şirketi temsil yetkisini haiz olacaktır⁸².

2. Yönetim ve Temsil Yetkisinin Devrine İlişkin Şartlar

Anonim şirketlerde yönetim yetkisinin devri için esas sözleşmede devre imkân tanıyan bir düzenleme bulunması, bir iç yönerge hazırlanmış olması, yönetimin devrine ilişkin yönetim kurulu kararı alınması şartları aranmaktadır. KoopK m. 58’de de ana sözleşmede yönetim kurulunun görev ve yetkilerinin devri için ana sözleşmede bir hüküm bulunması aranmıştır. Devir bakımından ise anonim şirket hükümlerinden farklı olarak, genel kurul veya yönetim kurulunun karar almasına imkân tanınmıştır. Bununla birlikte yönetimin

⁸¹ Çamoğlu (Poroy/Tekinalp), *Ortaklıklar Hukuku I*, N.540; Kırca (Şehirli Çelik/Manavgat), s. 628; Yavuz Selim Günay, *Anonim Şirketlerin Temsili*, 2. Bası, On İki Levha Yayıncılık, 2020, s. 85.

⁸² Özge Kuru, *Anonim Şirketlerde Temsil ve Temsil Yetkisinin Devri*, On İki Levha Yayıncılık, 2022, s. 398; Doktrinde temsil yetkisini muhafaza eden yönetim kurulu üyesinin bu yetkisinin sınırlandırılmasının mümkün olup olmadığı konusunda farklı görüşler bulunmaktadır. Tartışmalar için bkz.: Zehra Seyis, TTK m. 370/2’de Öngörülen “En Az Bir Yönetim Kurulu Üyesinin Temsil Yetkisini Haiz Olması Şartı” Üzerine Bir Değerlendirme”, *Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 27(1), 2023, s.129 vd.

devrinde KoopK m. 58’de bir iç yönerge düzenlenmesi gerekliliğinden bahsedilmemektedir. Ancak TTK m. 367’nin kıyasen uygulanması ve iç yönerge düzenlenerek yönetim yetkisinin devrine imkan tanınması özellikle TTK m. 553/2 uyarınca sorumluluğun sınırlanması bakımından önem taşımaktadır⁸³.

Temsil yetkisinin devri bakımından gerekli şartlar değerlendirildiğinde ise, konunun öncelikle anonim şirketler bakımından tartışmalı olduğu söylenmelidir. Özellikle esas sözleşmede bir düzenleme bulunması gerekip gerekmediği ve iç yönergede temsil yetkisinin devrine izin veren bir esas sözleşme hükmünün gerekliliği hususu tartışmalıdır. Doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre, temsil yetkisinin devri için buna izin veren bir esas sözleşme düzenlemesine ihtiyaç bulunmaz. Esas sözleşmede hüküm bulunması şartının aranması TTK m. 375/1 d bendi gereği yönetim kurulunun devredilemez yetkinin genel kurula bırakılması sonucunu doğurur⁸⁴. Ağırlıklı olarak savunulan diğer bir görüş ise temsil yetkisinin esas sözleşmede hüküm bulunması halinde murahhas üye ve müdürlere bırakılabileceğini kabul eder⁸⁵. Kooperatifler bakımından ise KoopK m. 58’de hem yönetim hem de temsil yetkisinin devrinde ana sözleşmede hüküm bulunması şartı aranmıştır. Bu sebeple ana sözleşmede düzenlemesi olmaması halinde temsil yetkisinin devri mümkün değildir⁸⁶.

⁸³ Kooperatif Örnek Ana Sözleşmelerde de m. 49/4’te “Yönetim kurulu, kooperatifin yönetimini kısmen veya tamamen bir veya birkaç yönetim kurulu üyesine veya üçüncü kişiye düzenleyeceği bir iç yönergeyle devredebilir. Bu iç yönerge kooperatifin yönetimini düzenler; bunun için gerekli olan görevleri tanımlar, yerlerini gösterir, özellikle kimin kime bağlı ve bilgi sunmakla yükümlü olduğunu belirler.” şeklindeki düzenleme ile anonim şirkete ilişkin TTK m. 367 düzenlemesinin kooperatifler bakımından da uygulanmaktadır. <https://ticaret.gov.tr//kooperatifcilik/mevzuat/anasozlesmeler/il-mudurluklerince-kurulusu-yapilan-kooperatif-anasozlesmeleri>. Erişim Tarihi 14.01.2024).

⁸⁴ Kırca (Şehirli Çelik/Manavgat), s. 627; ayrıca bkz.: Pulaşlı, C.II, §36, N. 199a vd.; Seyis, s. 124-125.

⁸⁵ Çamoğlu (Poroy/Tekinalp), Ortaklıklar Hukuku I, N. 540; Güzin Üçışık/Aydın Çelik, *Anonim Ortaklıklar Hukuku C.I*, Adalet Yayınevi, 2013, s. 464; Akdağ Güney, s. 107-108; Tekinalp, N. 12-75; ayrıca bkz.: Abuzer Kendigelen, *Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler, Yenilikler ve Tespitler*, 3.bs., On İki Levha, 2016, s. 261-262; hükmün lafzına göre esas sözleşmede hüküm bulunmak kaydıyla temsil yetkisinin devredilebileceğine ilişkin bir açıklık bulunmadığı, yaratılan farklılığın kanun koyucunun bilinçli bir tercihi olmadığı, bunun bir eksiklik olduğu yönünde Helvacı, *İdare ve Temsil*, s. 123.

⁸⁶ Kooperatif Örnek Ana Sözleşmelerinde de m. 53’te “(a)Yönetim kurulu kararı ile üyelerden bir veya birkaçı kooperatifi temsil yetkisini haiz murahhas üye seçilebilir. Bu konuda 49 uncu madde hükümleri saklıdır. (2) Murahhas üyelerin seçilmesi ve değiştirilmesi ticaret siciline tescil ettirilir” düzenlemesi temsil yetkisini haiz üye/üyelerin belirlenmesine imkan tanın-

Temsil yetkisinin devrinin iç yönergede düzenlenmesi gerekip gerekmediği hususunda doktrinde anonim şirketler bakımından farklı görüşler ileri sürülmüştür. Öğretide savunulan bir görüşe göre, yönetimin devrinde olduğu üzere temsil yetkisinin devrinde de iç yönerge hazırlanması gerekir⁸⁷, diğer bir görüş ise dış ilişkiye yönelik bir yetki olan temsil yetkisinin devri bakımından tescil ve ilan öngörülmeleyen bir iç yönergeye ihtiyaç olmadığı⁸⁸, temsil yetkisinin kısmen devrinin mümkün olmadığı ve kapsam ve sınırlarının TTK m. 371’de düzenlenmiş olduğu⁸⁹ dikkate alındığında iç yönerge ile bir düzenlemeye gerek bulunmamaktadır⁹⁰. Kanaatimizce yönetimin devri ile temsil yetkisinin devrinin ayrı hükümlerde ele alınmış olması, şirketin iç işleyişine yönelik bir düzenleme olan iç yönergenin kural olarak tescil ve ilan edilmediği dikkate alınmalıdır. Üçüncü kişilerin bu düzenlemeden kural olarak bilgi sahibi olmadığı, temsil yetkisinin kapsamının TTK m. 371’de belirlendiği ve ticaret siciline tescil ve ilan ile üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilecek sınırlamaların açıkça düzenlendiği göz önüne alındığında, temsil yetkisinin devrinin iç yönerge ile düzenlenmesine ihtiyaç bulunmadığı söylenebilir. Bununla birlikte TTK m. 367/1 c.3’te “*Yönetim kurulu, istem üzerine pay sahiplerini ve korunmaya değer menfaatlerini ikna edici bir biçimde ortaya koyan alacaklıları, bu iç yönerge hakkında, yazılı olarak bilgilendirir.*” hükmünü içermekte ve bazı durumlarda iç yönerge üçüncü kişiler nezdinde aleniyet kazanmaktadır. Bu gereklilik genel olarak sorumluluk davaları bakımından gündeme geleceği için, kanuni bir zorunluluk olmamasına rağmen iç yönergede temsil yetkisinin devrinin belirlenmesi özellikle TTK m. 553/2’nin uygulanmasını kolaylaştırıcı etkiyi haiz olabilir⁹¹. Ayrıca TTK

mıştır. <<https://ticaret.gov.tr/kooperatifcilik/mevzuat/anasozlesmeler/il-mudurluklerince-kurulusu-yapilan-kooperatif-anasozlesmeleri>> Erişim Tarihi 14 Ocak 2024.

⁸⁷ Tekinalp, N. 12-75; Esra Cenkci, *Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulunun Temsil Yetkisinin Devri*. Yetkin Yayınları 2018, s. 58 vd.; Himmet Koç, *Anonim Şirketlerde İç Yönerge ile Yönetim ve Temsil Yetkisinin Devri*, Adalet Yayınevi, 2018, s. 149; Kendigelen, s. 261-262; İsvBK’da temsil yetkisinin, esas sözleşmede ya da teşkilat yönetmeliğinde aksi öngörülmedikçe üyelerden her birince kullanılabilceği yönünde bir düzenleme olduğu (İsvBK m. 718/1 c.2), bu halde temsil yetkisine dair de iç yönergede düzenleme yapılıp yapılamayacağına tartışmaya değer olduğu görüşünde Helvacı, *İdare ve Temsil*, s. 131.

⁸⁸ Mehmet Bahtiyar, *Ortaklıklar Hukuku*, 16. Bası, Beta Basım Yayım Dağıtım, 2022, s. 199; Seyis, s.124.

⁸⁹ Kuru, s. 406-407.

⁹⁰ Pulaşlı, C II, §36 N. 1991 a vd.; Seyis, s. 124-125; Kırcı (Şehirali Çelik, Manavgat), s. 617-618; Mehmet Bahtiyar, *Ortaklıklar Hukuku*, 16. Bası, Beta Basım Yayım Dağıtım, 2022, s. 199.

⁹¹ Temsil yetkisinin devrine izin veren bir esas sözleşme hükmüne ihtiyaç bulunmadığı bununla

m. 371/7 kapsamında atanacak ticari temsilciler bakımından iç yönergede düzenleme olması ve bunun tescil ve ilanı gerekmektedir⁹².

3. Yönetim Yetkisinin Devrinin Sorumluluk Hukuku Bakımından Sonuçları

Yönetim kurulunun kooperatiflerde üstlenmiş olduğu geniş yetki ve görevler “*görev ve yetki ölçüsünde sorumluluk ilkesi*” gereği bu görevi üstlenen kişilerin bu yetkileri ile dengeli sorumluluğunu gerektirir. Kooperatif yönetim kurulu üyelerinin ve memurlarının kendi kusurlarından doğan zararlardan sorumlu olacağı kanunda düzenlenmiş (Koop K m. 62/3)⁹³ olmakla birlikte, yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğuna ilişkin başkaca bir düzenleme KoopK içerisinde yer almamaktadır. Bu sebeple anonim şirket yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğuna ilişkin TTK m. 553 vd. hükümleri kooperatif yönetim kurulu üyeleri için de uygulama alanı bulur (Koop K m. 98).

TTK m. 553/1’e göre yönetim kurulu üyeleri ve yöneticiler kanundan ve esas sözleşmeden doğan yükümlülüklerini kusurlarıyla ihlal ettikleri takdirde şirkete, pay sahiplerine ve şirket alacaklılarına karşı verdikleri zarardan sorumludurlar. Yönetim yetkisinin hukuka uygun surette devri halinde ise TTK m. 553/2 uygulama alanı bulur. Hükme göre “*Kanundan veya esas sözleşmeden doğan bir görevi veya yetkiyi kanuna dayanarak, başkasına devreden organlar veya kişiler bu görev ve yetkileri devralan kişilerin seçiminde makul derecede özen göstermediklerinin ispat edilmesi hali hariç bu kişilerin fiil ve kararlarından sorumlu olmazlar.*” Hükümün üçüncü fıkrasında ise, “*Hiç kimse kontrolü dışında kalan, kanuna ve esas sözleşmeye aykırılıklar veya yolsuzluklar sebebiyle sorumlu tutulamaz; bu sorumlu olmama durumu gözetim ve özen yükümü gerekçe gösterilerek geçersiz kılınamaz*” düzenlemesi yer almaktadır.

TTK m. 553/2, İsvBK m. 754/2’den farklı kaleme alınmıştır. İsviçre

birlikte TTK m. 553/2 hükmünün uygulanması bakımından temsil yetkisinin devrinin TTK m. 367/1’de öngörülen usule uygun bir biçimde yapılması gerektiğine ilişkin bkz.: Kırcı (Şehrali Çelik, Manavgat), s. 617-618.

⁹² 6552 Sayılı Kanun ile eklenen TTK m. 371/7 uyarınca atanacak temsilcilerin ise mutlak surette iç yönerge ile görev ve yetkileri belirlenmesi gerekmektedir. Ayrıca bkz.: Akdağ Güney, s. 127 vd.

⁹³ “*Yönetim Kurulu üyeleri ve kooperatif memurları, kendi kusurlarından ileri gelen zararlardan sorumludurlar. Bunların suç teşkil eden fiil ve hareketlerinden ve özellikle kooperatifin para ve malları bilanço, tutanak, rapor ve başka evrak, defter ve belgeleri üzerinde işledikleri suçlardan dolayı kamu görevlisi gibi cezalandırılır.*”

Borçlar Kanunu'nda usulüne uygun olarak bir görevin ifasını bir başka organa devredenler, organın zararından dolayı ancak, onun seçiminde, ona talimat vermede ve gözetimde (*cura in eligendo, cura in custodiendo, cura in instruendo*) hal ve şartların gerektirdiği özeni gösterdiğini ispat edememesi halinde sorumludur (İsvBK m. 754/2). TTK m. 553/2'de yönetim devri halinde, İsvBK m. 754/2'den farklı olarak yönetimin devredileceği kişilerin seçiminde özen gösterilmiş olmasını aramış, gözetim ve talimat vermede gerekli özeni gösterme yükümlülüğünden bahsetmemiştir. Ayrıca TTK m. 553/2'de makul derecede özenin gösterilmediğinin ispat yükü bunu iddia edene yüklenmiştir⁹⁴.

Doktrinde TTK m. 553/2'de her ne kadar yönetimin devri halinde gözetimde özen yükümlülüğünden bahsedilmemiş olsa da TTK m. 375/1(e) bendinde yönetim kurulunun devredilemez görev ve yetkileri içinde sayılan “*üst gözetim*” yükümlülüğü ve hükmün gerekçesine dayanılarak, gözetim yükümlülüğünde makul ölçüde özen gösterilmiş olmasının yönetim kurulu üyelerinin devredilen alanla sınırlı olarak sorumluluktan kurtulması için aranmaktadır⁹⁵. Gözetim yükümlülüğü, üst gözetim ile sınırlı olup, günlük iş akışı ve münferit iş ve işlemlerin gözetimi olan günlük gözetim bu kapsama dahil değildir⁹⁶. Yönetimin devri halinde yönetimin devredildiği alan ile sınırlı olarak günlük gözetim görevine yönetimi devralan üyeler veya üçüncü kişiler tabidirler⁹⁷.

Yönetimin devri halinde, icrai yetkisi bulunmayan üyelerin, delege edilen

⁹⁴ Böylece ispat konusunda geçerli genel ilke (TBK m. 112) terk edilmiştir. Kendigelen, s. 460.

⁹⁵ Altay, s. 295 vd.; Kırca(Şehirali Çelik/Manavgat), s. 611-612; Doğan, s. 281 vd.; Sevi, s. 176 vd; yönetim kurulunun yönetimle görevli kişilerin görevlerinin ifası ile ilgili özellikle kanunlara, esas sözleşmeye, iç yönetmeliklere ve yönetim kurulunun yazılı talimatlarına uygun hareket edip etmediklerinin üst gözetiminin devredilemez olduğu, devredilebilir görevlere ilişkin gözetim yükümlülüğünün görevin devri ile devredilebileceğine ilişkin bkz.: Tekinalp, N.16-69 vd.; gözetim yükümlülüğü bulunduğu sonucuna hem gerekçede yer alan “delegasyonda gözetim görevinin devredende olduğu şüphesizdir” ifadesinden hem de TTK m. 553/3'ün mefhumu muhalifinden varmanın mümkün olduğuna ilişkin bkz.: Akdağ Güney, s. 98-99. Ayrıca bkz.: Göktürk, s. 192 vd.

⁹⁶ Kırca (Şehirali Çelik/Manavgat), s. 561. TTK m. 375/1 e gerekçesinde de “*üst gözetim ile kastedilen hem kurumsal açıdan hem de işletme iktisadi yönünden gerekli olan işlerin akışının gözetimidir. Yoksa, yönetim kurulu bir kontrol ve denetim organı değildir*” üst gözetimin kapsamı belirtilmiştir.

⁹⁷ Yönetimi devralan kişilerin günlük gözetim görevine tabi olmaları günlük gözetimin yönetim kurulu tarafından devri neticesi değildir. Yönetimi devralanlar TTK m. 369 gereği yönetimle görevli kişi olarak addedileceklerinden özen yükümlülüğüne aslen sahip olurlar. Bu halde kendilerine bırakılan alanda sürdürülen faaliyetlerin gözetilmesi görevi yönetimi devralan kişilerin kendi özen yükümlülüklerinin sonucudur. Sevi, s. 177-178.

görevler bakımından talimat verme yetkilerinin bulunup bulunmadığı hususu ise doktrinde tartışmalıdır⁹⁸. Doktrinde ağırlıklı olarak savunulan bir görüşe göre, yönetim yetkisinin tamamının devredildiği hallerde yönetim kurulu üyesinin devralanın seçiminde gerekli özeni göstermiş olması veya sınırlı gözetim görevini yerine getirmiş olması sorumluluktan kurtulmak için yeterli değildir. Yönetim kurulu üyesi üst gözetim görevini gereği gibi yapmalı, bu kimselerin görevlerini kanun, esas sözleşme ve iç yönetmeliklere uygun olarak yerine getirip getirmediğini, şirket menfaatlerini koruyup korumadıklarını denetlemeli, gerekli uyarılarda bulunmalı ve talimatlar vermelidir. Talimat verme yükümlülüğü her ne kadar madde metninde yer almamakta ise de yönetim kurulu üyelerinin devredilemez görev ve yetkilerinin düzenlendiği TTK m. 375/1 (a) bendinde bu yükümlülük açıkça düzenlendiğinden, sorumluluğun buna dayandırılması mümkün bulunmaktadır⁹⁹. Doktrinde

⁹⁸ Mülga 6762 Sayılı TTK hükümleri bakımından konu doktrinde tartışılmıştır. Savunulan bir görüşe göre, devir halinde, üst yönetim organı olarak, işletmenin genel politikasını, iş alanlarını, kapasitesini tayin eden, şirketin organizasyon yapısını ve yönetim sürecini oluşturan ilkeleri saptayan yönetim kurulunun, münferit işlemlere ya da icraata ilişkin kararlarda yönetim hakkını yitirdiği savunulmuştur. Talimat yetkisinin kabulünün bir taraftan kendisine bırakılan alanda bağımsız faaliyet gösterecek murahhasın hukuki niteliği ile bağdaşmayacağı, diğer yandan yönetim kurulu üyesi ile murahhaslar arasında sorumluluk açısından karışıklığa yol açacağı belirtilmiştir. Mustafa Ünal, “Anonim Ortaklıklarda Yönetim ve Yönetim Görevlerinin Murahhaslara Bırakılması”, *Batider*, 11(3), 1982, s. 88-89; aynı görüşte, İbrahim Arslan, *Anonim Şirketlerde Yönetim Yetkisinin Sınırlandırılması*, Mimoza, 1994, s. 52-53. Karşı görüş ise yönetim kurulunun gereğinde murahhaslara talimat verebileceği veya esas sözleşme uyarınca kendisi tarafından atananların uyması gereken kuralları örnek olarak bir yönetmelikle tespit edebileceğini savunmaktadır. Bu görüşe göre murahhasların kural olarak verilen talimata uymaları gerektiği, ancak kanun veya esas sözleşmeye aykırı talimatları yerine getirme zorunlulukları bulunmadığı belirtilmektedir. Çamoğlu, s. 196. Doktrinde konu hakkında, mülga TTK’da murahhaslara talimat verilebileceğine ilişkin bir hüküm bulunmadığı ancak mülga TTK m. 138’in adi ortaklıklara yaptığı atıf ile adi ortaklar arasındaki ilişkiyi düzenleyen mülga BK m. 530’dan faydalanılarak yönetim kurulu üyelerinin murahhasların faaliyetlerinde İsvBK m. 754/2 anlamında seçiminden, talimat vermeden ve gözetimden sorumlu olduklarının söylenebileceği de ifade edilmiştir. Ancak bu sonucun delegasyonun yönetim kurulu tarafından yapıldığı hallere özgü olduğu, genel kurul tarafından yapılan yetkilendirmede yönetim kurulunun sorumluluğunun mülga TTK m. 331’de düzenlenen işlerin gidışı veya belirli bazı işler hakkında izahat isteme hakkı ile defter ve dosyaların ibrazını talep ile sınırlı olduğu belirtilmiştir. Bkz.: Helvacı, *Sorumluluk*, s. 80-81.

⁹⁹ Akdağ Güney, s. 101-102; bkz.: Altay, s. 303; Ayrıca bkz.: Ali Murat Sevi, *Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyeleri ve Yöneticilerin Özen Yükümlülüğü*, Seçkin Yayıncılık, 2021, s. 183; şirketin üst düzeyde yönetimiyle ilgili talimatların verilmesi (TTK m. 375/1 a) ve yönetimle görevli kişilerin kanunlara, esas sözleşmeye, iç yönergelere uygun hareket edip etmediklerinin üst gözetiminin (TTK m. 375/1 e) yönetim kurulunun devredilemez görev ve yetkileri arasında sayıldığı, yetkiyi devreden yönetim kurulu üyelerinin TTK m. 553/2’den yararlanmalarını talimat vermede gereken özeni göstermelerine bağlı kıldığı yönünde bkz.: Kırca(Şehirli Çelik/Manavgat), s. 563; Kanun lafzından açıkça anlaşılacakla birlikte,

savunulan karşı görüşe göre ise, İsv. BK. m. 754/2’de geçen “*Unterrichtung*” ifadesi talimat değil, bilgilendirme anlamına gelmektedir. Yönetim kurulunun murahhaslara talimat verme yetkisi bulunmamakta, aksi halde atanan kişilerin murahhas değil, müdür olduklarının kabul edilmesi gerekmektedir. Murahhaslar kendilerine yönetim yetkisinin devri ile organ niteliği kazandıklarından, kanuna, esas sözleşmeye ve iç yönergelere uygun şekilde bağımsız olarak faaliyet gösterebilirler ve kullandıkları yetkilerden dolayı şahsen sorumlu olurlar¹⁰⁰. Bu görüşe göre TTK m. 375/1 a da üst düzey yönetim kapsamında gerekli talimatların verilmesine ilişkin yetki yönetim kurulunun şirket yöneticilerine karşıdır. Talimatlar şirket yöneticilerine verilebilir, şirkette çalışan herhangi bir kişiye üst yönetim kapsamında talimat verilmesi söz konusu değildir. Talimat verilecek üst yöneticiler kapsamına ise murahhaslar girmez, murahhaslara talimat verilmesi mümkün değildir, yönetim kurulu sadece çıkaracağı örgüt yönergesi ile murahhasların yetkileri ne şekilde kullanacağını tespit edebilir¹⁰¹.

Kanaatimizce yönetim kurulunun usulüne uygun şekilde devretmiş olduğu görevlerin nasıl ve ne şekilde yapılacağına ilişkin talimat verilmesi, yönetimin devredildiği kişilerin kendilerine bırakılan alanlarda bağımsız hareket etmesi gerekliliğine aykırı nitelik taşıyacaktır. TTK m. 553/2’de ise açıkça “*talimat*” kavramına yer verilmemiş ve hükmün gerekçesinde düzenlemenin mehzaz İsvBK m. 754/2’den farklı kaleme aldığı belirtilmiştir. Usulüne uygun şekilde yönetimin devredilmesinin, devredilen alanlarda diğer üyelerin sorumluluğunu kaldırıcı etkiye sahip olması ve görevleri üstlenen kişilerin kişisel sorumluluklarının bulunması talimat yetkisinin TTK m. 375/1 e anlamında gözetim yükümlülüğü çerçevesinde sadece kanun, esas sözleşme ve iç yönergeye uygun hareket edilmesi bakımından verilecek talimatlarla

gerekçesinin dikkate alınması halinde yetki devri halinde gözetim yükümlülüğünün ve sorumluluğun varlığının kabul edildiği bununla birlikte bu durumun, sorumluluğun unsurları bulunmayan hallerde, gözetim yükümlülüğüne dayalı olarak sorumluluk yolunu açmasına engel teşkil ettiği yönünde bkz.: Kürşat Göktürk, “Anonim Şirket Yönetim Kurulunun Özellikle Yetki Devri Halinde Gözetim Sorumluluğu ve Hukuki Belirlilik Sorunu”, TBB Dergisi, 114, 2014, s. 190 vd; TTK m. 375/1 a ve e’de yönetim kurulunun devredilemez görev ve yetkileri içinde yönetim kurulunun talimat verme görevi gösterilmiş olup, talimat vermede gerekli özenin gösterilmemiş olması halinde TTK m. 553/2’den devreden kişinin/organın yararlanamayacağına ilişkin bkz.: Helvacı, *İdare ve Temsil*, s. 126.

¹⁰⁰ Beşir Fatih Doğan, *6102 sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu’na Göre Anonim Şirket Yönetim Kurulunun Organizasyonu ve Yönetim Yetkisinin Devri*, Vedat Kitapçılık, 2. Bası, 2011, s.278 vd.

¹⁰¹ Doğan, s. 178, dn.502, 239.

sınırlı olarak kabul edilmesini gerektirmektedir.

Bu halde yönetimin devri, yönetim görevi kendisine bırakılan üyeyi kendi görev alanındaki işlerden sorumlu kılacak ve diğer yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu ise bu üyenin seçimi ve faaliyetlerinin gözetiminde gösterecekleri davranışlarla sınırlı hale getirecektir¹⁰². Diğer üyelerin sorumluluğunu sınırlandıran bu etki ancak yönetim kurulunun devredebileceği görevler bakımındandır. Yönetim kurulunun devredemeyeceği yetkilerin devri halinde ise yönetim kurulunun bu görevler bakımından sorumluluğu devam edecek, TTK m. 553/2'den faydalanma imkanları bulunmayacaktır.

Sorumluluğun yetki devredilen kişilere yüklenebilmesi için, öncelikle Kanuna ve ana sözleşmeye uygun bir yetkilendirme yapılması gerekmektedir. Yönetim yetkisinin devri kanuna ve ana sözleşmeye uygun surette yapılmamış ise geçerli bir yetki devri olmadığından, yönetim kurulu üyeleri sadece kendilerine bırakılan alanlardan değil, kurulun faaliyeti kapsamındaki bütün alanlardan sorumlu olurlar¹⁰³. Seçim ve gözetim yükümlülüğü açısından gerekli özenin gösterilip gösterilmediği tedbirli bir yöneticinin özeni altında değerlendirilecek olup, bu bağlamda davalı kişinin davranışının, o olayda ve koşullarda bilinçli ve makul bir kimseden beklenen davranışla kıyaslanması ve yükümlülük ihlali bulunup bulunmadığının tespiti gerekecektir¹⁰⁴.

TTK m. 553/3 ise kontrol dışında kalan haller bakımından özel bir düzenleme niteliğindedir. Özenli bir şekilde kurulmuş ve işletilen bir sistemin varlığına rağmen, tespit edilemeyen ve kontrol dışında kalmış hukuka aykırılık ve yolsuzluklar sebebi ile kendilerine isnat edilebilecek bir kusur veya hukuka aykırılık bulunmaması şartı ile yönetim kurulu üyelerinin gözetim yükümlülüğü nedeniyle sorumlu tutulamayacağı belirtilmiştir¹⁰⁵. Hükmün

¹⁰²Yönetim yetkisinin bir kısmının veya devredilemeyen görevler hariç tamamının Kanun'a uygun şekilde yönetim kurulu üyelerine veya üçüncü kişilere devredilmesi halinde, bu kişiler kendilerine bırakılan alanda sorumlu olurlar. Yönetim kurulu üyelerinin yönetimin devri halinde sorumluluğunun sınırlandırılabilmesi için kanuna ve esas sözleşmeye uygun bir delegasyon şarttır. Ünal, s. 85; Akdağ Güney, s. 98-99.

¹⁰³Ayrıca bkz.: Akdağ Güney, s. 93 vd.

¹⁰⁴Yönetim kurulu üyelerinin gözetim yükümlülüğü üst gözetim yükümlülüğü çerçevesinde, TTK m. 375/1 (e)'de devredilemez görev ve yetkileri arasında düzenlenmiş olup, bu hüküm kapsamında gözetim yükümlülüğü üst gözetimle sınırlıdır. Günlük iş akışını, münferit işe ve işlemlerin gözetimi, yani günlük gözetim üst gözetime dahil değildir. Günlük gözetim de yönetim kurulunun görev ve yetkileri arasında olmakla birlikte, bu görev ve yetkinin TTK m. 367/1 uyarınca devri mümkündür. Kırca (Şehirli Çelik, Manavgat), s. 560-561.

¹⁰⁵Sevi, s. 231. Gözetim yükümlülüğünün sınırlarını belirleyen bu hükmün, aynı zamanda yö-

gerekçesinde de yönetim kurulu üyelerinin uygun nedensellik bağının veya kusurlarının yokluğu halinde, soyut bir gözetim görevi anlayışına dayanılarak sorumlu tutulmalarının engellenmesi amacı ile bu düzenlemenin öngörüldüğü belirtilmiştir¹⁰⁶. Bu halde hem devredilemez hem de devredilebilir görev ve yetkiler bakımından gözetim yükümlülüğüne bir sınır getirilmiş ve yetkilinin hal ve şartlara göre aykırılığı görme, tahmin etme, önleme olanağına sahip bulunmadığı hallerde gözetim yükümlülüğü gerekçe gösterilerek kişinin sorumlu tutulması engellenmeye çalışılmıştır¹⁰⁷.

SONUÇ

Kooperatifler Kanunu'nda yönetim kurulunun görev ve yetkileri dağınık ve yetersiz bir şekilde düzenlenmiştir. Bu sebeple Kooperatifler Kanunu m. 98 atfı ile anonim şirket hükümleri kooperatiflerin yapısal özellikleri dikkate alınarak tamamlayıcı olarak kullanılmaktadır.

Anonim şirketlerde olduğu gibi kooperatiflerde yönetim ve temsil yetkisinin devri, iyi bir kurumsal yönetim bakımından, özellikle büyük ve geniş ekonomik hedefleri bulunan kooperatifler için bir gerekliliktir. Yönetim ve temsil yetkisinin devri anonim şirket hükümlerinden farklı olarak tek bir düzenlemede “*Yetkilerin Devri*” başlığı altında KoopK m. 58'de düzenlenmiş, KoopK m. 56/5'te ise ayrıca temsil yetkisinin murahhas üye veya üyelere tahsisi ele alınmıştır.

Yönetim görev ve yetkilerinin devrinin kapsamının belirlenmesi açısından, Kooperatifler Kanunu'nda devredilemez görev ve yetkiler ayrıca düzenlenmemiştir. KoopK m. 98 atfı ile anonim şirkete ilişkin TTK m. 375 düzenlemesi bu alanda Kooperatifler Kanunu'nda yer alan özel düzenlemeler dikkate alınarak uygulanabilir. Kooperatiflerde yönetim yetkisinin devri için

netim yetkilerinden doğan sorumluluk açısından da bir ölçü oluşturduğu yönünde bkz.: Altay, s. 270.

¹⁰⁶ Gerekçe TTK m. 553/3. Hüküm doktrinde eleştirilmiş, bu düzenlemeye rağmen yönetim kurulunun kontrol dışında kalan, kanuna ve esas sözleşmeye aykırı işlemler nedeniyle ortaya çıkan zararlardan, yönetim kurulu üyelerinin kusurlu olması ve uygun illiyet bağı bulunması halinde sorumlu olacakları gibi özellikle devredilen yetki ve görevlerde gözetim görevinin yerine getirilmesinde özensiz davranılması halinde de sorumluluk doğacağı belirtilmiştir. Bkz.: Hasan Pulaşlı, *Şirketler Hukuku Şerhi*, C IV, 4. Bası, Adalet Yayınevi, 2022, § 63, N. 22, s. 42; hükmün esasa ilişkin bir yenilik taşımadığı, gözetim yükümlülüğü yükleyen TTK m. 375/1 (e)'nin nasıl uygulanacağını gösterdiği, bir norm olmaktan çok bir normu açıklamaya yönelik bir gayret özelliği taşıdığı ve Kanun'da böyle bir düzenlemeye yer verilmemesinin daha uygun olduğu yönünde bkz.: Kırcı (Şehirli Çelik, Manavgat), s. 614-615.

¹⁰⁷ Tekinalp, N. 16-70 vd.

ana sözleşmede bir hüküm olması (KoopK m. 58) ve TTK m. 367'nin kıyasen uygulanması ile iç yönerge ile bir düzenleme getirilmesi aranır.

Temsil yetkisinin devri bakımından ise KoopK m. 56/5 ve KoopK m. 58 birlikte ele alınmalıdır. Buna göre temsil yetkisinin ana sözleşmede düzenleme bulunması şartı ile yönetim kurulu üyesine veya kooperatif ortağı bulunması şart olmayan üçüncü kişi/kişilere tevdi etme yetkisi yönetim kurulu veya genel kurula verebilir. KoopK m. 58'de her ne kadar yönetim ve temsil yetkisinin tamamen kooperatif ortağı olması gerekmeyen bir veya birkaç müdüre devrine imkan tanınmış olsa da TTK m. 370/2'nin kooperatifler bakımından da uygulanması ve en az bir yönetim kurulu üyesinin temsil yetkisini haiz olması şartının aranması gerekmektedir.

Şirketin iç işleyişine yönelik bir düzenleme olan iç yönergenin kural olarak tescil ve ilan edilmediği, üçüncü kişilerin bu düzenlemeden kural olarak bilgi sahibi olmadığı dikkate alındığında temsil yetkisinin devrinin iç yönerge ile düzenlenmesine ihtiyaç bulunmadığı söylenebilir. Ancak kanuni bir zorunluluk olmamasına rağmen iç yönergede temsil yetkisinin devrinin düzenlenmesi özellikle TTK m. 553/2'nin uygulanmasını kolaylaştırıcı etkiyi haizdir.

Usulüne uygun şekilde devredilen görevler bakımından yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu TTK m. 553/2 çerçevesinde sınırlanmaktadır. Buna göre yönetim kurulu üyeleri, görev ve yetkilerini devrettikleri alandan kural olarak sorumlu bulunmazlar, bununla birlikte yönetim kurulu üyelerinin yetki devredilen kişilerin seçiminde ve bu kişilerin faaliyetlerinde gözetim yükümlülüğü devam eder (TTK m. 553/2). Yönetim kurulunun usulüne uygun şekilde devretmiş olduğu görevlerin nasıl ve ne şekilde yapılacağına ilişkin talimat verilmesi ise, yönetimin devredildiği kişilerin kendilerine bırakılan alanlarda bağımsız hareket etmesi gerekliliğine aykırı nitelik taşıyacağından, talimat yetkisinin sadece kanun, esas sözleşme ve iç yönergeye uygun hareket edilmesi bakımından verilecek talimatlarla sınırlı olarak kabul edilmesi gerekir.

Yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğunu sınırlandıran bu etki ancak yönetim kurulunun devredebileceği görevler bakımındandır. Yönetim kurulunun devredemeyeceği yetkilerin devri halinde ise yönetim kurulunun bu görevler bakımından sorumluluğu devam edecek, TTK m. 553/2'den faydalanma imkanları bulunmayacaktır.

KAYNAKÇA

- Abeltshauer T E, *Leitungshaftung im Kapitalgesellschaftsrecht: Zu den Sorgfalts und Loyalitätspflichten von Unternehmensleitern im deutschen und im US-amerikanischen Kapitalgesellschaftsrecht*, Duncker und Humbolt Verlag, 1998.
- Adıgüzel B/ Demirdelen Ö, “Kooperatiflerde Organlar ve Organ Kararlarının Hükümsüzlüğü”, *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 14(2) 2019, s. 209-263.
- Akdağ Güney N, *Anonim Şirket Yönetim Kurulu*, 2.Bası, Vedat Kitapçılık, 2016.
- Al Kılıç Ş, “Kooperatiflerde Ortaklık Sıfatının Çıkarılma Suretiyle Sonlandırılması ve Hukuki Sonuçları”, *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, 12(2) 2022,1200-1267.
- Altay S A, *Anonim Ortaklıkta Yönetim Yetkilerinin Devrinin Sorumluluğa Etkileri*, Vedat Kitapçılık 2011.
- Ansay T, *Anonim Şirketler Hukuku*, 6. Bası, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 1982.
- Arslan İ, *Anonim Şirketlerde Yönetim Yetkisinin Sınırlandırılması*, Mimoza, 1994.
- Berberoğlu Yenipınar, F, *Kooperatif Davaları*, 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, 2021
- Bilgili F/ Demirkapı, E, *Şirketler Hukuku*, 9. Bası, Dora, 2011.
- Bölükbağ T, *Kooperatif Yöneticilerinin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu*, 2. Bası, Adalet Yayınevi, 2010.
- Cenkci E, *Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulunun Temsil Yetkisinin Devri. Yetkin Yayınları* 2018.
- Çamoğlu E, *Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu: Kamu Borçlarından Sorumluluk ile, Güncelleştirilmiş ve Genişletilmiş* 3. Bası, Vedat Kitapçılık, 2010.
- Doğan B F, *6102 sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu'na Göre Anonim Şirket Yönetim Kurulunun Organizasyonu ve Yönetim Yetkisinin Devri*, Vedat Kitapçılık, 2011.

- Doğan B F, “Yönetim Kurulunun Devredilmez Yetkileri ve Yönetim Yetkisinin Devri”, *MÜHFD*, Y. 2012, 18 (2), s. 609-640.
- Demirel D, “Anonim Şirketlerde Yönetim Yetkisinin Devri”, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, 7(2), 2017, s. 211-250.
- Ehlebracht D F, *Verantwortlichkeitsklagen gegen Mitglieder der Verwaltung und der Geschäftsführung einer Genossenschaft*, DikeVerlag, 2020.
- Eriş G, *Açıklamalı-İçtihatlı Uygulamalı Kooperatifler Hukuku*, 3. Baskı, Seçkin Yayınevi, 2001.
- Gerber W, *Die Genossenschaft als Organisationsform von Mittel- und Grossunternehmen*, Stämpfli Verlag, 2003.
- Göktürk K, “Anonim Şirket Yönetim Kurulunun Özellikle Yetki Devri Halinde Gözetim Sorumluluğu ve Hukuki Belirlilik Sorunu”, *TBB Dergisi*, 114, 2014, s.179-200.
- Gutzwiller, M, *Art. 879-926 OR. Die Genossenschaft. Organisation der Genossenschaft. Auflösung der Genossenschaft. Verantwortlichkeit. Genossenschaftsverbände. Beteiligung von Körperschaften des öffentlichen Rechts*, Schulthess Verlag, 1974.
- Günay Y S, *Anonim Şirketlerin Temsili*, 2. Bası, On İki Levha Yayıncılık, 2020.
- Helvacı M, *Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyesinin Hukuku Sorumluluğu*, 2. Bası, Beta Kitapçılık, 2001.
- Helvacı M, “Yönetim Kurulunun Anonim Şirketi İdare ve Temsili, Özellikle Devredilemez Görev ve Yetkileri”, *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 9(117-118), 2014,119-132.
- Herzog M J, *Lenkung, Führung und Kontrolle in Genossenschaften*, 1Aüfl., SSHW Band/Nr. 356, Dike Verlag AG 2021.
- İmregün O, *Anonim Ortaklıklar*, Yasa Yayınları, 4. Bası, 1989.
- Kalender, E, Anonim Şirketlerde Genel Kurul Toplantı Yerinin Esas Sözleşmede Gösterilmesi, *Batider* 35(2) 2019, s. 213-234.
- Karasu R, *Emredici Hükümler İlkesi*, 2.Bası, Yetkin Yayınları, 2015.
- Karayağım Y, “Anonim Şirket Yönetim Kurullarında Başkanın Üstün Oyu”, *Batider*, 1970, 3, s. 520-530.

- Kendigelen A, *Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler, Yenilikler ve Tespitler*, 3.Bası, On İki Levha, 2016.
- Kırca İ / Şehirli Çelik, F. H, *Anonim Şirketler Hukuku C.I*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2013.
- Kilgus S/ Fabrizio N, *Berner Kommentar, Die Genossenschaft, Systematische Darstellung und Kommentar zu den Art. 828 - 838 OR*, 2. Aufl., Stämpfli Verlag AG, 2021.
- Koç H, *Anonim Şirketlerde İç Yönerge ile Yönetim ve Temsil Yetkisinin Devri*, Adalet Yayınevi, 2018.
- Kuru Ö, *Anonim Şirketlerde Temsil ve Temsil Yetkisinin Devri*, On İki Levha Yayıncılık, 2022.
- Meier-Hayoz, A/ Forstmoser, P/ Sethe, R, *Schweizerisches Gesellschaftsrecht*, 12. Aufl., Stämpfli Verlag AG, 2018.
- Moll A, *Basler Kommentar Obligationenrecht II, Art. 530-964 OR, Art. 1-6 SchlT AG Art. 1-11 Übest GmbH*, Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt, Rolf Watter (Hrsg), 4. Aufl., Helbing Lichtenhahn Verlag, 2012.
- Müller R/ Fornito, R, *GmbH, Genossenschaft, Handelsregister und Wertpapiere – Bucheffektengesetz Art. 772-1186 OR und BEG, CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht*, 3. Aufl., Schulthess Verlag.
- Narbay Ş/ Al Kılıç, Ş, “7339 Sayılı Kanun’un Kooperatifler Kanunu ve Diğer Kanunlarda Yaptığı Değişiklikler Üzerine Düşünceler”, *Regesta* 7(1) 2022, S. 3-77.
- Özel B./ Cinbaş, M.E, “Kooperatif Ortaklıklarda Yönetim Kurulunun Oluşumu”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 21(2), 2013,S. 255-269.
- Öztañ B, *Medeni Hukuk Tüzel Kişilerinde Organ Kavramı ve Organın Fiillerinden Doğan Sorumluluk*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1970.
- Poroy R/ Tekinalp Ü / Çamoğlu E, *Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku*, 12 Bası, Vedat Kitapçılık, 2010.
- Poroy R/ Tekinalp Ü / Çamoğlu E, *Ortaklıklar Hukuku I*, 15. Bası, Vedat Kitapçılık 2021.

- Poroy R/ Tekinalp Ü / Çamoğlu E, *Ortaklıklar Hukuku II*, 14.Bası, Vedat Kitapçılık, 2019.
- Pulaşlı H, *Şirketler Hukuku Şerhi C.II, C.IV*, 4. Bası, Adalet Yayınevi, 2022.
- Sevi A M, *Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyeleri ve Yöneticilerin Özen Yükümlülüğü*, Seçkin Yayıncılık, 2021.
- Seyis Z, TTK m. 370/2’de Öngörülen “En Az Bir Yönetim Kurulu Üyesinin Temsil Yetkisini Haiz Olması Şartı” Üzerine Bir Değerlendirme”, *Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 27(1), 2023
- Taisch F, *Genossenschaftsgruppen und deren Steuerung*, Dike Verlag, 2009.
- Tekinalp Ü, “Yönetim Kurulu Başkanının Üstün Oya Sahip Olup Olamayacağı Sorunu, İkt. Mal. 18(9), 1971, s.301-304.
- Tekinalp Ü, *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, Anonim ve Limited Ortaklıklar, Tek Kişi Ortaklığı, Ortaklar Topluluğu, Birleşme, Bölünme ve Tür Değiştirme*, 4. Bası, Vedat Kitapçılık, 2015.
- Topaloğlu M, “Kooperatiflerin Genel İlkeleri ve Kuruluşu”, *YÜHFD*, 18(2), 2021, s. 645-665.
- Üçışık G / Çelik, A, *Anonim Ortaklıklar Hukuku C.I*, Adalet Yayınevi, 2013.
- Ülgen H, “Anonim Ortaklıklarda Genel Kurul Başkanının Üstün Oyu”, *Batider*, 6(4), 1972, 667-685.
- Ünal M, “Anonim Ortaklıklarda Yönetim ve Yönetim Görevlerinin Murahhaslara Bırakılması”, *Batider*, 11(3), 1982, s.49-89.
- Üstün Y/ Aydın M, *Kooperatifler Hukuku*, 2. Bası, Seçkin Yayıncılık, 2017.
- Watter R, *Basler Kommentar Art. 530-964OR*, Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt, Rolf Watter (Hrsg), Helbing Lichtenhahn Verlag, 2016.
- Wernli M/ Rizzi M A, *Basler Kommentar Art. 530-964 OR*, Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt, Rolf Watter (Hrsg), Helbing Lichtenhahn Verlag, 2016.
- Wolfer, H, *Die Genossenschaftsverwaltung nach schweizerischem Recht*, Diss. Basel 1947.

Hukuk Fakültesi Dergisi
Ankara Hacı Bayram Veli University
Faculty of Law Review

ISSN: 2651-4141 e-ISSN: 2667-4068
Cilt / Volume XXVIII Temmuz / July 2024 Sayı / No. 3

SOSYAL GÜVENLİK HUKUKUNDA
“HAKLI BEKLENTİLER”İN KORUNMASI SORUNU

THE PROBLEM OF THE PROTECTION OF “LEGITIMATE
EXPECTATIONS” IN SOCIAL SECURITY LAW

Berna ÖZTÜRK YILMAZ*  

ÖZET

Sosyal sigorta ilişkisi süregelen bir nitelik taşıdığı için, bu hukuki ilişkiye ilişkin olarak mevzuatta yapılacak her tür değişiklik, sigortalının gelecekteki menfaatlerini etkileyecektir. Zira kişilerin sosyal sigorta ilişkisinde bir statüye girmiş olmaları, bu durumun değişmeksizin devam edeceğine dair bir hak bahsetmez. Burada tüm sonuçlarıyla ortaya çıkan/tamamlanan bir hukuki durum olmadığı için, sigortalıların değişen yasal düzenlemeler karşısında kazanılmış hak iddia etmesi mümkün değildir. Ancak, sigortalılar; belli koşulların varlığı halinde haklı beklentileri olduğunu iddia edebilir ve bu beklentinin hukukten korunmasını talep edebilirler. Haklı beklentilerin korunmasının özünde ise hukuki güvenlik, güven ilkesi, idari istikrar, hakkaniyet ve esasen hukuk devleti ilkesi yatmaktadır. Bununla birlikte, haklı beklentinin korunması oldukça çetrefilli bir meseledir. Bu makaleyle amaçlanan, sosyal güvenlik hukukunda haklı beklentilerin korunması meselesini, doktrin ve yargı kararları ışığında değerlendirmek ve esasen kanunların zaman bakımından uygulanması bağlamında haklı beklentilerin korunmasının mümkün olup olmadığı sorunsalını tartışmaktır.

Anahtar Kelimeler: Haklı beklenti, kazanılmış hak, kanunların zaman bakımından

* Dr. Öğr. Üyesi, Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı/ANKARA, E-posta: bernaotzurk88@gmail.com, ORCID: 0000-0002-1513-029, DOI: 10.34246/ahbvuhfd.1445464.

- Atıf Şekli/ **Cite As:** Öztürk Yılmaz B, “ Sosyal Güvenlik Hukukunda “Haklı Beklentiler”İN Korunması Sorunu”, *AHBVÜ Hukuk Fakültesi Dergisi*, 28(3), 2024, s. 73-124.
- İntihal / **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.*



uygulanması, geçiş hükümleri, emeklilikte yaşa takılanlar (EYT).

ABSTRACT

As the social insurance relationship has an ongoing nature, any legal changes shall affect the future interests of the insured. The fact that people have entered into a social security relationship does not give them the right to believe that this situation will continue unchanged. Since there is no legal situation that has been emerged/completed with all its consequences, it is not possible for the insured to claim acquired rights in the face of changing legislation. However, insured persons may claim that they have legitimate expectations under certain conditions and request legal protection for these expectations. Legal certainty, the principle of trust, administrative stability, fairness and, essentially, the principle of the rule of law are lying at the heart of the protection of legitimate expectations. However, the protection of legitimate expectations is a rather complicated issue. The aim of this article is to evaluate the issue of the protection of legitimate expectations in social security law in the light of doctrine and judicial decisions, and to discuss the problem of whether it is possible to protect legitimate expectations in the context of the implementation of laws in terms of time.

Keywords: *Legitimate expectation, vested right, implementation of laws in terms of time, transition provisions, delayed pension age victims.*

EXTENDED ABSTRACT

The concept of legitimate expectation, in general terms, is a desire of a person to obtain a favorable advantage by relying on a commitment, a long-standing practice, or a stated policy of the administration. The protection of legitimate expectations is a very difficult problem to solve. This is because legitimate expectation is based on a benefit that a person hopes to obtain in the future. This right was created under previous legislation, but it has not yet had all its consequences. Thus, the provisions of the new law will have an immediate impact on the legal status of a person and will affect their future interests.

The essence of the problem of the protection of legitimate expectations lies in the issue of the implementation of laws in terms of time. Fundamentally, the protection of legitimate expectations is a question of the unreal retroactivity of laws and their immediate implementation. The immediate implementation of laws to ongoing legal relationships may, in some cases, negatively impact people’s future interests. This raises the question of whether people have legitimate expectations and whether their legitimate expectations will be protected.

This issue can cause very serious problems in the field of social security law. As the social insurance relationship has an ongoing nature, any legal changes shall affect the future interests of the insured. Since there is no legal situation that has emerged or completed with all its consequences, it is not possible for the insured to claim acquired rights in the face of changing legislation. The fact that people have entered

into a social security relationship does not give them the right to believe that this situation will continue unchanged. Every legal modification related to social security law may affect the prospective interests of the insured.

Therefore, the question of whether there are legitimate expectations in social security law and, if the insured has legitimate expectations, how to protect them shall be answered. Firstly, the ordinary expectations or simple hopes of the insured that have not reached a certain level are not protected in the face of changing legislation. For this reason, a confidence that may reach the level of “legitimate expectation” is legally protected if and only if it is legally protected.

At this point, a conflict arises between the confidence of the insured that the current legal situation will continue and they will receive the benefits they hope for in the future, and the authority of the state to develop and adapt its legislation to recently emerging problems. In that case, a balance has to be made between the insured’s confidence that the current legal situation will continue and the authority of the state to develop and adapt its legislation to new legal problems. If, as a result of this weighing, it is decided that the insured’s confidence outweighs the public interest, that confidence shall be protected. This balancing should be based on the “principle of proportionality.”

In this context, the insured hopes to acquire their expectation in the foreseeable, near future. In other words, the closer the insured gets to receiving the social security benefits, the more their confidence that they will be entitled should be protected. For example, if the insured has been in an insurance relationship for a long time and is very close to getting social security benefits, the insured’s expectations should be protected accordingly.

If it is desired to make changes to the expectant rights of the insured, these changes must be of a suspensive nature and must be made with transitional provisions that will establish legal security. However, another issue that should not be overlooked in the protection of legitimate expectations is, as mentioned above, the balance between the individual interest and the public interest. If there is an overriding public interest (such as the preservation of intergenerational solidarity in social security law), the insured’s legitimate expectation shall not be protected. A comparison between the need for the state to change its legislation due to the requirements of the public interest and the confidence of the insured that the current situation will continue is the key to solving the problem.

GİRİŞ

Hukuki belirlilik ilkesi, hukuk devletinin iki özelliği arasındaki çatışmayı içinde barındırmaktadır. Bir tarafta hukuk düzeninin istikrarlı

olması gereği ile hukuk kurallarının geleceğe etkili olması¹ ve bu sayede kişilerin davranışlarını buna göre ayarlamaları yer almaktadır. Diğer tarafta ise, hukuk sisteminin değişen koşullara cevap verebilen esnek bir yapıya sahip olması, böylece mevcut kurallar işlevsiz hale geldiğinde veya kamu yararı gereği yeni gereklilikler ortaya çıktığında değişiklik yapılabilmesi düşüncesi bulunmaktadır.² İstikrar, hukuk devleti ilkesinin önemli bir unsuru olsa da, devlet/idare, bazı durumlarda, geçmişte alınan kararlarla çelişen veya bireylerin önceki kurallara göre yaptığı planları boşa çıkaran ve geçmişte oluşturulan hukuki konumlarını etkileyen geleceğe yönelik kararlar almak zorunda kalabilir.³

İstikrar ve değişim arasındaki bu gerilimde ise, kanunların derhal yürürlüğe girmesi ve haklı beklentilerin korunması meselesi karşımıza çıkmaktadır.⁴ Haklı beklenti kavramı, en genel tanımıyla, idarenin bir taahhüdüne, uzun süre devam eden uygulamasına veya ilan ettiği politikasına güvenerek kişilerin çıkarlarına veya lehlerine olan bir sonuca ulaşabileceklerini ümit etmeleridir.⁵ Haklı beklentilerin korunması ise oldukça karmaşık bir konudur. Nitekim haklı beklentiler, kişilerin gelecekte elde etmeyi ümit ettikleri menfaatleriyle ilintilidir. Burada henüz tüm sonuçlarıyla doğmuş/tamamlanmış bir hukuki durum da olmadığı için, kazanılmış haklardan farklı olarak, kişilerin gelecekte elde etmeyi umdukları menfaatleri yasal değişikliklerden etkilenebilir.

O halde, haklı beklentilerin korunması meselesinin özünde, kanunların zaman bakımından uygulanması sorununun yattığı da söylenebilir. Zira haklı beklentilerin korunması, kanunların gerçek olmayan geçmişe yürütmesine / derhal uygulanmasına ilişkin bir meseledir. Süregelen hukuki ilişkilere kanunların derhal uygulanması, bazı durumlarda kişilerin gelecekte elde edeceklerini düşündükleri menfaatlerini olumsuz yönde etkileyebilmektedir. Bu noktada kişilerin haklı beklentisinin olup olmadığı ile haklı beklentilerinin

¹ Joseph Raz, *The Authority of Law: Essays On Law and Morality*, 1. Baskı, Oxford University Press, 1979, <<http://ndl.ethernet.edu.et/bitstream/123456789/77486/1/17.pdf>>, Erişim Tarihi 28 Aralık 2023, s. 214.

² Jaime Phillips Letelier, “The Normative Foundations Of Retroactivity And Legitimate Expectation In The UK Administrative Law”, *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, 7, 2023, <<https://www.revistasmarcialpons.es/revistaderechopublico/article/view/retroactivity-and-legitimateexpectation-in-the-uk-administrativ/1793>>, Erişim Tarihi 28 Aralık 2023, s. 84.

³ Letelier, s. 84.

⁴ Letelier, s. 85.

⁵ Yücel Oğurlu, *İdare Hukukunda Kazanılmış Haklara Saygı ve Haklı Beklentiler Sorunu*, Seçkin Yayınevi, 2003, s. 223.

korunup korunmayacağı problemleri ortaya çıkmaktadır.

Bu meselenin doğurduğu sorunların en sık yaşanabileceği yer ise, kişilerin kural olarak gelecekteki hak ve menfaatlerini düzenleyen sosyal güvenlik hukuku konularıdır. Sosyal sigorta ilişkisi devam eden bir nitelik taşıdığı için, bu ilişki hakkında mevzuatta yapılacak herhangi bir yasal değişiklik, sigortalının gelecekteki menfaatlerini etkileyecektir. Öyle ki, kişilerin sosyal sigorta ilişkisinde bir statüye girmiş olmaları, onlara aynı kuralların değişmeden, ilelebet aynı şekilde devam edeceğine dair bir hak bahsetmez. Ancak, haklı beklenti düzeyine ulaşan bir güven söz konusuysa, sigortalıların elde etmeyi umut ettiği sigorta edimlerine ilişkin beklentileri hukuken korunacaktır. Bunun için de, bazı koşulların bulunması gerekmektedir.

İşte bu çalışmayla amaçlanan, sosyal güvenlik hukukunda kişilerin haklı beklenti iddialarının olup olamayacağının ve eğer böyle bir beklentileri varsa, bunun hangi şartlar altında korunacağını belirlemesidir.

Bu temel sorudan yola çıkılarak hazırladığımız bu çalışma iki ana bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümde genel olarak haklı beklenti kavramı ele alınmaktadır (**I**). Bu kapsamda öncelikle kavramın doğuşu ve tanımı incelenmekte (**I-A**); sonrasında ise haklı beklentilerin korunmasının amacı ve koşulları tartışılmaktadır (**I-B**). Son olarak ise haklı beklenti kavramı ile kazanılmış hak kavramı karşılaştırılmaktadır (**I-C**). Çalışmamızın ikinci bölümünde ise sosyal güvenlik hukuku bakımından haklı beklentilerin korunması meselesi değerlendirilmektedir (**II**). Bu bölümün altında ise, konuya ışık tutabilmek amacıyla ilk olarak haklı beklenti kavramı ile kanunların zaman bakımından uygulanması arasındaki ilişki, bir çıkış noktası olarak ele alınmaktadır (**II-A**). Ardından, sosyal güvenlik hukukunda gösterdiği önem açısından özellik taşıyan geçiş düzenlemeleri meselesi incelenmektedir (**II-B**). Nihayetinde sosyal güvenlik hukukuna ilişkin düzenlemeler ile haklı beklentilerin korunması arasındaki ilişki, teorik açıdan ve yargı kararları (Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi kararları) bağlamında değerlendirilmektedir (**II-C**). Böylece sosyal güvenlik hukukunda haklı beklentilerin korunması meselesinin kuramsal çerçevesi çizilmeye çalışılmaktadır.

I. HAKLI BEKLENTİ KAVRAMI

A. Haklı Beklenti Kavramının Doğuşu ve Tanımı

Haklı beklenti⁶ (*legitimate expectation*) kavramının köklerinin Alman

⁶ Doktrinde “*haklı beklenti*” kavramı yerine “*meşru beklenti*” kavramının kullanıldığı da

İdare Hukukundaki “güvenin korunması” (*Vertrauensschutz*) ilkesine dayandığı doktrinde ifade edilmektedir.⁷ Nitekim bu ilke, “idarenin, kararlarını serbestçe geri alabilmesi”ne tepki olarak doğmuş ve idari makamlara olan güvenin yeniden tesis edilmesine hizmet etmiştir.⁸ Ancak bu ilkenin tarihsel süreç içerisindeki gelişimi farklı şekilde seyretmiştir.

görülmektedir. Nitekim yargı kararları incelendiğinde de “haklı beklenti” ve “meşru beklenti” kavramlarının birbirinin yerine kullanıldığı fark edilmektedir. Bu bağlamda gerek doktrinde gerek yargı kararlarında kavram bütünlüğü olmadığı belirtilmelidir. Biz ise çalışmamızda “haklı beklenti” kavramını kullanacağız.

⁷ Louise Otis / Jérémy Boulanger-Bonnely, “The Protection of Legitimate Expectations In Global Administrative Law”, George P. Politakis, Tomi Kohiyama, Thomas Lieby (Ed.), *ILO100 - Law for Social Justice*, International Labour Organization, 2019, <https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---jur/documents/publication/wcms_732217.pdf>, Erişim Tarihi 3 Aralık 2023, s. 400; Robert Thomas, *Legitimate Expectations and Proportionality in Administrative Law*, Hart Publishing, 2000, s. 42; Christopher F. Forsyth, “The Provenance and Protection of Legitimate Expectations”, *The Cambridge Law Journal*, 47 (2), 1988, <<https://www.jstor.org/stable/4507165>>, Erişim Tarihi 3 Aralık 2023, s. 243. C.F Forsyth’in makalesi Esin Örcü tarafından Türkçeye çevrilmiştir. Örcü’nün çevirisi için bkz. Esin Örcü, “Haklı Beklentilerin Doğuşu ve Korunması”, *İdare Hukuku ve İlimler Dergisi*, 7 (1-3), 1986, s. 121-139. Biz çalışmamızda, ana kaynağa ulaşabildiğimiz için, doğrudan Forsyth’in makalesine atıf yapacağız. Ayrıca bkz. Derya Deviner Erguvan, “Türk İdare Hukuku’nda Haklı Beklentilerin Korunması İlkesi”, *D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Durmuş TEZCAN’a Armağan*, 21(Özel Sayı), 2019, s. 1713-1714; Selman Sacit Boz, *İdare Hukukunda Haklı Beklentinin Korunması*, Seçkin Yayınevi, 2017, s. 29; Christopher Forsyth, “Legitimate Expectations Revisited”, *Judicial Review*, 16 (4), <<https://doi.org/10.5235/108546811799320754>>, Erişim Tarihi 3 Aralık 2023, s. 429-439; Oğurlu, s. 273.

⁸ Uyuşmazlığa konu olan olayda, 1956 yılında Almanya Demokratik Cumhuriyetinde yaşayan dul bir kadına, Batı Berlin’e yerleşmesi halinde bazı sosyal yardımlardan yararlanacağı konusunda garanti verilmiş ve kadın, Batı Berlin’e yerleştikten sonra da, bu yardımlar bir süre kendisine düzenli olarak ödenmiştir. Ancak daha sonra, kadına yapılan bu ödemeler, yasal şartlar sağlanmadığı gerekçesiyle kesilmiş ve kadından bu ödemelerin iadesi talep edilmiştir. Berlin Yüksek İdare Mahkemesi ise, kadın lehine karar vermiştir. Mahkemeye göre uyumsuzluk konusu olayda, idarenin işlemlerinin hukuka uygunluğu ilkesi ile hukuki belirlilik ilkesi arasında bir çatışma yaşanmaktadır. Esasen kadına yapılan ödeme, hukuka açıkça aykırıdır; ancak olaydaki talihsiz dul kadın gibi vatandaşların, idarenin verdiği kararların hukuka uygunluğuna güvenmeleri gerekmektedir. Mahkemeye göre her iki ilke de hukuk devletinin öğelerindedir. Dolayısıyla bu ilkeler arasında sıralama yapılması mümkün değildir. İdarenin kararının hukuka uygunluğunda bulunan kamu yararı ile idarenin verdiği kararın geçerliliğine güvenen vatandaşın güveninin korunması arasında bir tartım yapılarak sonuca gidilmelidir. Bu tartım sonrasında hangisine ağırlık verileceği belirlenmelidir. Ancak bu noktada hukuka aykırı bir idari işlemde dönülebilir. O halde, hukuka aykırı bir karar, idarenin verdiği kararın hukuka uygun olduğuna güvenen vatandaşın güveninin korunması ilkesi gereği kamu yararına ağır basacak ve korunacaktır. Bu konuda bkz. Forsyth, *Provenance and Protection*, s. 243-244. Doktrinde Erguvan isabetli bir şekilde, bu kararın esasen geleceğe yönelik bir hakkın elde edilmesi beklentisine değil, idarenin işleminin hukuka uygunluğuna olan güvenin korunması beklentisine yönelik olduğunu ifade etmektedir. Bu yönde bkz. Erguvan, s. 1714.

Doktrinde haklı beklenti kavramının Avrupa Hukuku ile İngiliz Hukuku arasındaki karşılıklı etkileşim sonucunda ortaya çıktığı da ileri sürülmektedir.⁹ Kavramın İngiliz Hukukundaki ilk uygulamasına 1969 tarihli *Schmidt v. Secretary of State of Home Affairs* davasında rastlanmaktadır.¹⁰ Uyuşmazlık konusu olayda, iki Amerikan vatandaşı İngiltere'ye eğitim amacıyla gitmiş ve bu kişilere, İngiltere'de kalmaları için süreye bağlı izin/vize verilmiştir. Öğrenciler, vize sürelerinin uzatılması için idareye başvurmuş; ancak bu talepleri kendilerine söz/savunma hakkı verilmeden reddedilmiştir. Yargıç *Lord Denning* ise karara, “eğer tarafların İngiltere’de kalma süreleri bitmeden önce oturma izinleri geri alınmış olsaydı, bu kişilerin konuya ilişkin dinlenilmeleri yönünde haklı beklentileri olacaktı” ifadesini eklemiştir. Dolayısıyla, davacıların sadece izin süresi içinde İngiltere’de kalacaklarına ilişkin haklı beklentilerinin olduğu ve iznin zamanından önce geri alınması halinde, bu kişilerin idare tarafından dinlenilmesi gerektiği belirtilmiştir.¹¹ Ancak *Schmidt* kararında haklı beklenti kavramı, idari işlemin geri alınmasından önce taraflara söz/savunma hakkı verilmesi gerekliliği bağlamında, yani usuli bir denetim amacıyla kullanılmıştır.¹²

İngiliz hukukunda haklı beklentinin sadece usuli açıdan değil esas bağlamında da korunması gerektiği yönündeki ilk karar 1972 tarihinde *R. v. Liverpool Corporation, ex parte Taxi Fleet Operators' Association* davasında verilmiştir. Uyuşmazlığa konu olayda Liverpool Belediye Meclisi, şehirdeki taksi sayısının üç yüzün üzerine çıkmayacağı yönünde Taksi Filosu İşletenler Derneğine söz vermiş; ancak daha sonra bu sözünden dönmüştür. Mahkeme, taraflara söz hakkı vermeden bu işleminden dönen Meclis kararını iptal etmiştir. Yine yargıç *Lord Denning* kararda, Belediye Meclisi sözünden dönmeden

⁹ Forsyth, *Provenance and Protection*, s. 241-242.

¹⁰ Dean R. Knight, *Estoppel (Principles?) In Public Law: The Substantive Protection of Legitimate Expectations*, University Of British Columbia, 2004, <<https://open.library.ubc.ca/soa/cIRcle/collections/ubctheses/831/items/1.0077628>>, Erişim Tarihi 18 Aralık 2023, s. 15-16.

¹¹ Thomas, s. 47; Forsyth, *Provenance and Protection*, s. 238.

¹² Thomas, s. 48. Kişilerin hukuki durumlarında değişiklik yapmadan önce bu kişilerin dinlenmeleri yönünde haklı beklentilerinin olduğu ve buna uyulmamasının haklı beklentinin ihlali olabileceği yönündeki bir diğer önemli karar ise 1983 tarihli *Hong Kong v. Ng Yeun Shia* davasında verilmiştir. Bu konuda detaylı bilgi için bkz. Forsyth, *Provenance and Protection*, s.239, 247. Ayrıca bkz. Farrah Ahmet / Adam Perry, “The Coherence of the Doctrine of Legitimate Expectations”, *Cambridge Law Journal*, 73 (1), 2014, <<https://www.cambridge.org/core/journals/cambridge-law-journal/article/abs/coherence-of-the-doctrine-of-legitimate-expectations/D38EBDCA9BCA1E2DE00D0213D235A00B>>, Erişim Tarihi 7 Aralık 2023, s. 65.

önce taraflara söz hakkı vermiş olsaydı bile, bu kararın iptal edileceğini, zira idarenin verdiği sözle bağlı olduğunu ve -çok ciddi bir kamu yararı aksini gerektirmedikçe- bu sözden dönmeyeceğini belirtmiştir. Zira *Lord Denning*'e göre idarenin verdiği sözleri tutmasında da kamu yararı bulunmaktadır. Bu kararlar birlikte haklı beklentilerin sadece usulî açıdan değil, esas açısından da korunması gerektiği vurgulanmıştır.¹³

Haklı beklenti kavramının Avrupa Birliği Hukukundaki yansıması ise, kişilerin idareye ve idarenin politikalarına veya verdiği sözlere güvenerek yaptıkları faaliyetlere karşılık, idarenin daha sonra bu politikalarını değiştirmesinden kaynaklanan menfaat çatışmalarının çözümlenmesine yönelik Avrupa Toplulukları Adalet Divanı (ATAD) kararlarıyla ortaya çıkmıştır.¹⁴ ATAD tarafından verilen ve haklı beklenti kavramının açıklanmasında *locus classicus* olarak anılan karar ise, 1973 tarihli *Re Civil Service Salaries: E.C. Commission v. E.C. Council* davasına ilişkindir.¹⁵ Uyuşmazlık konusu olayda Konsey, yaptığı bir düzenlemeyle Topluluk memurlarının maaşlarının hesaplanmasında önceden kullanılan ölçütleri değiştirmiştir. Mahkeme ise, idarenin verdiği bu gibi sözlerden kaynaklanan kişilerin haklı beklentilerinin korunması gerektiğine hükmetmiştir.¹⁶

¹³ Oğurlu, s. 233-234; Forsyth, *Provenance and Protection*, s. 256; Erguvan, s. 1719. Haklı beklentinin esas açısından da korunması gerektiği yönünde İngiliz Hukukunda verilen bir diğer önemli karar ise 2001 tarihli *R. v. North and East Devon Health Authority, ex p. Coughlan* davasıdır. Uyuşmazlık konusu olayda, bir kaza sonrası engelli hale gelen Bayan Coughlan'a idare tarafından bir bakım merkezinde ömür boyu kalabileceği sözü verilmesine rağmen, sağlık kurumu, beş yıl sonra bu kararından vazgeçmiş ve tüm hastaların başka bir yere taşınmasına karar vermiştir. Bayan Coughlan'ın itirazı sonrasında mahkeme, verilen söz nedeniyle, Bayan Coughlan'ın haklı beklentisi olduğuna karar vermiştir. Karar hakkında detaylı bilgi için bkz. Richard Clayton, “Legitimate Expectations, Policy and The Principle of Consistency”, *Cambridge Law Journal*, 62 (1), 2003, <<https://www.jstor.org/stable/4508971>>, Erişim Tarihi 7 Aralık 2023, s. 93-94.

¹⁴ Erguvan, s. 1715. Bunun dışında ayrıca bkz. Elvin Evrim Dalkılıç, “Pandemi Sürecinde İdari İstikrar ve Meşru Beklentilerin Korunması”, *Türkiye’de ve Dünyada Hukuk Devletinde Aşınma Hukukunun Araştırılması -Belirsizleştirilmesi, Kamu Hukukçuları Platformu*, 12-13 Kasım 2021, <<https://www.kamuhukukculari.org/?sayfa=toplantibildiriler&id=13&no=2>>, Erişim Tarihi 16 Aralık 2023, s. 4-6.

¹⁵ Forsyth, *Provenance and Protection*, s. 242.

¹⁶ Forsyth, *Provenance and Protection*, s. 242; Erguvan, s. 1715. ATAD, *Branco v. Avrupa Toplulukları Komisyonu* kararında haklı beklentilerin korunması için üç şartın gerçekleşmesi gerektiğini belirtmiştir. Buna göre (1) Kişilere, Topluluk yetkilileri tarafından yetkili ve güvenilir kaynaklardan çıkmış olan kesin, şartsız ve sürekli teminatlar verilmeli (2) Bu teminatlar ilgili kişiye haklı beklenti yaratmaya neden olacak nitelikte olmalı (3) Verilen teminatlar uygulanabilir kurullarla uyumlu olmalıdır. Karar metni için bkz. *Branco v.*

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında ise haklı beklenti kavramı genellikle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 1 No’lu Protokolünde düzenlenen mülkiyet hakkı kapsamında ele alınmaktadır.¹⁷ Bu kavramın Mahkemece kullanıldığı ilk karar, yine mülkiyet hakkına ilişkin bir uyuşmazlığın yaşandığı *Pine Valley Developments Ltd. and Others v. İrlanda* davasıdır.¹⁸ Uyuşmazlık konusu olayda başvuru, arazi üzerindeki imar iznine güvenerek söz konusu araziyi geliştirmek için satın almıştır. Ancak daha sonra, imar izni iptal edilmiş ve arazinin değeri, satın alındığı tarihteki değerine oranla daha da azalmıştır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, başvuru, burada, en azından, haklı beklentilerinin mevcut olduğuna ve bunun da mülkiyet hakkı kapsamında değerlendirileceğine hükmetmiştir.¹⁹

Türk Hukukunda da haklı beklenti kavramı gerek doktrinde gerek yargı kararlarında kabul edilmekte ve bu kavrama başvurulmaktadır. Doktrinde de haklı beklenti kavramının yabancı literatüre koştur şekilde tanımlandığı gözlemlenmektedir. Nitekim, bir tanıma göre, haklı beklenti; “*İdarenin geçmiş uygulamalarıyla belirli bir şekilde davranacağı, işlem ve eylem yapacağı yönünde ilgililerde yarattığı haklı beklenti ve güvenin bir genel düzenleyici işlem veya bireysel işlemle aksi yönde davranması halinde korunmasına ilişkindir.*”²⁰ Bir başka tanıma göre de, “*Haklı beklenti, idarenin bir düzenleyici işlemine, bir taahhüdüne veya uzun süren bir uygulamasına güvenerek, bireylerin çıkarlarına ya da lehlerine olan bir sonuca ulaşabileceklerini ya da bunu edinebileceklerini ümit etmelerini sağlayan bir ilkedir.*”²¹ Diğer bir

Commission of the European Communities; Case T-347/03(2005) ECR 2555, <<https://lawthek.eu/detail/88601f31-fd57-4774-bf81-11f671f21ceb/en/SINGLE>>, Erişim Tarihi 8 Aralık 2023, p. 102. Konuya ilişkin detaylı bilgi için bkz. Erguvan, s. 1716. Ayrıca bkz. Otis / Boulanger-Bonnely, s. 7.

¹⁷ Erguvan, s. 1717.

¹⁸ AİHM, *Pine Valley Developments Ltd. and Others v. İrlanda*, Başvuru No: 12742/87, <<https://hudoc.echr.coe.int/ukr#%22itemid%22:%22001-57816%22>>, Erişim Tarihi 8 Aralık 2023.

¹⁹ Ayrıca bkz. Mel Cousins, “Legitimate Expectation and Social Security Law Under the European Convention of Human Rights”, *European Journal of Social Security*, 23 (1), 2021, <journals.sagepub.com/home/ejs>, Erişim Tarihi 2 Ocak 2024, s. 25

²⁰ Taner Ayanoglu, “Kanunlar ve İdari İşlemler Bakımından Geriye Yürümezlik İlkesi”, *Legal Hukuk Dergisi*, 10 (112), 2012, s. 119-120.

²¹ Oğurlu, 273; Serdar Yılmaz, “Yeni ‘Lisansüstü Eğitim ve Öğretim Yönetmeliği’nin Öngördüğü Sistem ve Geçiş Esasları -Mevcut Lisansüstü Öğrenciler Yükseköğretim Kurulu’nun Yeni Yönetmeliği’ne Tabi mi?- ”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 65 (2), 2016, <<https://dergipark.org.tr/pub/auhfd/issue/42375/510305>>, Erişim Tarihi 16 Aralık 2023, s. 515, dn.100.

tanımda ise haklı beklenti şu şekilde açıklanmaktadır: “*Bir hak henüz bütün sonuçları ile kazanılmamışsa ortada beklenen hak vardır. Beklenen hak ise, eski yasa zamanında tüm sonuçları ile elde edilmemiş fakat elde edilmesi olasılığı var olan haktır.*”²²

Türk yargı mercileri başta haklı beklenti kavramını açıkça zikretmeden bu kavramın içeriğini, verdikleri kararlarda tanımlamışlar²³, daha sonra ise kavramın kendisini de kullanmaya başlamışlardır. Bu bağlamda örneğin, Anayasa Mahkemesi’nin 2012 yılında 6287 sayılı İlköğretim ve Eğitim Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un bazı maddelerinin Anayasaya aykırılığı iddiasına ilişkin verdiği karar oldukça önemlidir.²⁴ Nitekim anılan kararda, Anayasa Mahkemesi, haklı beklenti kavramına açıkça değinmiş ve haklı beklentilerin korunması meselesini tartışmıştır. Yüksek Mahkemeye göre, “*Kanunların uzun süreli uygulanmasına güvenerek hayatını yönlendiren, hukuki iş ve işlemlere girişen bireyin, bu kanunların uygulanacağı yolunda oluşan beklentisinin mümkün olduğunca korunması gerekmektedir. Ancak, hukuki güvenlik ilkesi, her türlü beklentinin korunmasını zorunlu kılmaz. Bir beklentinin hukuken koruma görebilmesi için, meşru (haklı) beklenti seviyesine ulaşması gerekmektedir. Beklentinin meşru olup olmadığı tespit edilirken başvurulacak ölçüt, ‘hakkaniyet’ tir. (...) Kuralın, adil olmadığı düşünülen önceki yükseköğretime giriş sınav sisteminin değiştirilmesi amacıyla ihdas edildiği gözetildiğinde, 6287 sayılı Kanun’un yürürlüğe girdiği 11.4.2012 tarihinde lisede okuyan öğrencilerin, önceki sistemin uygulanacağı yolundaki beklentilerinin korunmamasının hakkaniyete aykırı düşmediği ve bu beklentinin meşru beklenti seviyesine ulaşmadığı sonucuna varılmıştır.*”²⁵

²² Ali Nazım Sözer, “Sosyal Sigortalarda Kazanılmış Hakların Korunması Üzerine Bir İnceleme (Süper Emeklilikte Son Durum)”, *Çimento İşveren Dergisi*, 3 (6), 1989, <<http://mail.ceis.org.tr/dergi.php?dID=128>>, Erişim Tarihi 16 Aralık 2023, s. 6. Haklı beklenti konusunda ayrıca bkz. Bahtiyar Akyılmaz / Murat Sezginer / Cemil Kaya, *Türk İdare Hukuku*, 17. Bası, Seçkin Yayınevi, 2023, s. 42-43; Seyfullah Edis, *Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri*, 4. Bası, Ankara Üniversitesi Basımevi, 1993, s. 178-179; Halil Altındağ, *Yürürlükte Olan Yasalara ve İdari Düzenleyici İşlemlere Güvenden Kaynaklanan Haklı Beklenti Kavramı ve Korunması*, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2010, s. 5-6.

²³ Örneğin bkz. AYM, 07.02.2008, E. 2005/38, K. 2008/53, RG. 08.04.2008, 26841, <<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Dosyalar/Kararlar/KararPDF/2008-53-nrm.pdf>>, Erişim Tarihi 16 Aralık 2023. Bu konuda bkz. Erguvan, s. 1728-1729.

²⁴ Erguvan, s. 1730.

²⁵ AYM, 20.09.2012, E.2012/65, K.2012/128, RG.18.04.2013, 28622, <<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Dosyalar/Kararlar/KararPDF/2012-128-nrm.pdf>>.

Danıştay da özellikle 2000’li yıllardan itibaren haklı beklenti kavramını açıkça kabul ettiği kararlar vermeye başlamıştır. Örneğin Danıştay 5. Dairesi, başka bir şehirde görev yapan davacının, ailesinin ikamet ettiği yer olan Ankara’da görevlendirilmesi talebine ilişkin 2006 yılında verdiği bir kararında, haklı beklenti kavramının içeriğini de şu şekilde tanımlamıştır: “*Haklı beklenti, yönetimin ister bir taahhüt isterse uzun süren bir uygulamasına güvenerek olsun bireylerin çıkarlarına ya da lehlerine olan bir sonuca ulaşabileceklerini ümit etmeleridir.*”²⁶ Danıştay 5. Dairesi, aynı zamanda, bu kararında haklı beklenti kavramının sınırını da “*baskın kamu yararı*” olarak belirlemiştir. Nitekim yüksek mahkemeye göre “*Kamu görevlilerinin haklı beklentilerinin korunması, ancak kişisel kararlarda, yönetimin takdir yetkisini kullanma alanlarında söz konusu olduğundan, baskın kamu yararı olmadığı durumlarda, kamu görevlilerinin haklı beklentilerinin zedelenmemesi gerekir.*”

B. Genel Olarak Haklı Beklentilerin Korunmasının Amacı ve Koşulları

Haklı beklenti kavramının doğuşuna ilişkin yaptığımız açıklamalardan sonra bu kavramla aslında neyin ifade edilmek istendiği ve haklı beklentilerin korunmasının altında hangi amacın yattığı belirlenmelidir. Bu noktada ise dört temel soru yol gösterici olacaktır: (i) Haklı beklentiler neyi içermektedir? (İçerik); (ii) Haklı beklenti nasıl ortaya çıkmaktadır? (Kaynak); (iii) Hangi koşullar altında haklı beklentiler korunmaktadır? (Haklı beklentilerin korunma koşulları); (iv) Haklı beklentiler nasıl korunmalıdır? (Haklı beklentilerin korunma şekli).²⁷

Yukarıda tanımlandığı üzere, haklı beklenti, idarenin bir taahhüdüne/ sözüne, uzun süre devam eden uygulamasına veya ilan ettiği politikasına güvenerek kişilerin çıkarlarına veya lehlerine olan bir sonuca ulaşabileceklerini ümit etmelerini ifade etmektedir.²⁸ O halde haklı beklentiye doğuran olay, idarenin açıkça verdiği bir taahhüt/söz veya uzun zaman boyunca/düzenli

Erişim Tarihi 16 Aralık 2023.

²⁶ D5D, 14.03.2006, E. 2003/3647, K. 2006/1140, <<https://www.lexpera.com.tr>>, Erişim Tarihi 18 Aralık 2023. Haklı beklentinin varlığına ve korunmasına ilişkin görece güncel bir Danıştay kararı için bkz. D8D, 16.09.2020, E. 2016/12036, K. 2020/3578, <<https://www.lexpera.com.tr>>, Erişim Tarihi 18 Aralık 2023. Başkaca karar örnekleri için bkz. Altındağ, s. 65-74; Erguvan, s. 1735-1745; Dalkılıç, s. 8-10.

²⁷ Ahmed / Perry, s. 63.

²⁸ Oğurlu, s. 223.

devam eden bir uygulamasının varlığıdır.²⁹ Bu beklenti kişilerde, idarenin verdiği sözü tutması veya yaptığı uygulamayı devam ettirmesi sonucunda bir fayda elde edecekleri umudunu doğurmaktadır. Burada idare, açıkça veya geçmişte verdiği sözler ya da yaptığı uygulamalarla belirli bir biçimde davranmayı üstlenmişse, kişiler kendilerine bu yönde davranılmasını beklemektedirler.

Haklı beklentilerin korunması ilkesi, en genel tanımıyla, bu beklentinin karşılanmaması halinde, kişilerin hukuki koruma talep etmeye hak kazanmaları anlamına gelmektedir.³⁰ Ancak doktrinde *Forsyth*'in de belirttiği üzere haklı beklentilerin korunmamasına dayanak bulmak, bunun korunmasına dayanak bulmaktan çok daha kolaydır.³¹

Oysa haklı beklentilerin korunması, iyi yönetim ilkesinin de bir gereğidir. Kamunun, idari mercilere olan güveni korumasız bırakılamaz.³² Nitekim haklı beklenti ilkesinin kaynakları arasında idari istikrar ilkesi³³, belirlilik ilkesi³⁴, hakkaniyet, hukuki güvenlik ve güven ilkesi³⁵, yani sonuç itibariyle

²⁹ Ahmed / Perry, s. 65. Haklı beklentilerin ortaya çıkışına ilişkin doktrinde *Schonberg* oldukça kapsamlı bir sınıflandırma yapmaktadır. *Schonberg*'e göre haklı beklentiye doğuran durumlar dört başlık altında toplanabilir: (1) İdarenin, belli bir kişi veya grup hakkında aldığı bir kararı daha sonra kaldırması; (2) İdarenin, belli bir kişiye veya gruba ilişkin olarak açıkça veya zımnî olarak takip edeceğini belirttiği politikasını veya taahhüdünü değiştirmesi; (3) İdarenin belli türdeki kararlarla ilgili olarak belirli bir usulü veya politikayı takip edeceğini belirtmesi ve fakat daha sonra bu usulden veya politikadan vazgeçmesi; (4) İdarenin bir işleminde veya politikasında değişiklik yapması nedeniyle önceki düzenlemeleriyle yeni durum arasında farklılıkların oluşmasıdır. Bu konuda detaylı bilgi için bkz. Soren J. Schonberg, *Legitimate Expectations In Administrative Law*, Oxford University Press, 2000, s. 8-9.

³⁰ Paul P. Craig, “Substantive Legitimate Expectations in Domestic and Community Law”, *The Cambridge Law Journal*, 55 (2), 1996, <<https://www.jstor.org/stable/4508212>>, Erişim Tarihi 10 Aralık 2023, s. 290.

³¹ Forsyth, *Provenance and Protection*, s. 239.

³² Forsyth, *Provenance and Protection*, s. 239; Craig, s. 298.

³³ Bu konuda detaylı bilgi için bkz. Harun Yılmaz, *Türk İdare Hukukunda İdari İstikrar İlkesi*, On İki Levha Yayınları, 2019, s. 13 vd.

³⁴ Hukuki belirlilik, esasında, bir yasal düzenlemenin belli bir konuda ve belli bir zaman diliminde uygulanacağı konusunda şüphe bulunmaması durumunda söz konusudur. Hukuki belirlilik ilkesi bu yönüyle haklı beklentiden ayrılrsa da, bu iki kavram arasında sıkı bir ilişki bulunmaktadır. Nitekim bu iki ilke, hukuki güvenliğin ve öngörülebilirliğin sağlanmasına hizmet etmektedir. Bu yönde bkz. Thomas, s. 45.

³⁵ Örneğin Danıştay 12. Dairesi'nin bir kararına göre; “23/08/1985 tarihli ve 18851 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan İtfaiye Teşkillerinin Kuruluş, Görev, Eğitim ve Denetim Esaslarına Dair Yönetmeliğinin 8. maddesinde aranan özel şartlar uyarınca itfaiyeci alımı için adayların boylarının en az 1,60 cm olması gerektiği düzenlenmişken, 21/10/2006 tarihli

hukuk devleti ilkesi gösterilmektedir.³⁶ Öyle ki, haklı beklenti ilkesi, idareyle birey arasındaki ilişkide kendisini göstermektedir. Bu ilişkide kişilerin idarenin işleyişinden doğan beklentilerinin korunacağına olan güvenleri ile idarenin uygulama veya politikalarını değiştirme isteği arasında çatışma yaşanmaktadır.³⁷ Buradaki esaslı mesele, idarenin, verdiği sözler veya yaptığı uygulamalar sonucu doğan beklentilere saygı duymasına mı yoksa kamu yararı gereği bu söz veya uygulamalarla çelişmesine mi öncelik verileceğidir.³⁸

Haklı beklentilerin hangi şartlar altında korunacağını tespit etmek, bu noktada büyük önem arz etmektedir. Zira kişilerin her beklentisi, haklı beklenti kavramı kapsamında değerlendirilmemektedir. Bu nedenle birtakım koşulların varlığı aranmaktadır. Öncelikle, haklı beklentiden söz edebilmek için, idarenin bir davranışı olmalıdır. Bu bağlamda, kişiler, mevcut bir yasal düzenlemeye, politikaya veya idarenin bir taahhüdüne güvenerek, kendilerine de bu yönde bir muamele edileceği beklentisi içine girmelidirler.³⁹ Bu beklenti ise objektif olmalı, yani herkes aynı beklenti içine girebilmelidir.⁴⁰ İlaveten, beklentinin hukuka uygun bir beklenti olması gerekmektedir.⁴¹

İlaveten beklentinin, haklı beklenti olarak değerlendirilebilmesi

ve 26326 sayılı Resmi Gazete’de yürürlüğe giren Belediye İtfaiye Yönetmeliği’nde İtfaiye Erliğine atanmak için erkeklerde boy şartının 1,67 cm olması gerektiğinin belirtildiği, davacının ... Belediyesinde yapılan itfaiye eri alımı için yaptığı başvuru sırasında yapılan boy ölçümünde ise 1,65 cm boyunda olduğunun tespit edildiği, bu nedenle davacının haklı bir biçimde mezun olduğunda itfaiye eri olma konusunda beklenti içinde olarak itfaiyecilik birimlerine memur yetiştirmek için kurulan meslek yüksek okuluna kayıt yaptırdığı ve o esnada yürürlükte olan yukarıda anılan yönetmelik hükmünde öngörülen boy şartını (1,60 cm) taşıdığı göz önüne alındığında, eski yönetmelik hükümlerinin davacı lehine olması nedeniyle, söz konusu yönetmelikte öngörülen boy şartının davacı açısından itfaiye eri sınavlarına katılmak için haklı bir beklenti teşkil edeceği kuşkusuz olup, yeni Yönetmelikte öngörülen boy şartının dava konusu olayda olduğu gibi üstün kamu yararının da bulunmadığı bir durumda, mezun olduğunda itfaiye eri olma konusunda haklı bir beklenti içinde olan davacı hakkında uygulanmak istenmesinin idare hukukunun genel ilkelerinden olan haklı beklenti ve idareye güven ilkesini zedeleyici nitelikte olduğu sonucuna varıldığından...” Karar için bkz. D12D, 15.09.2015, E.2012/7707, K.2015/4804, <<https://www.lexpera.com.tr>>, Erişim Tarihi 18 Aralık 2023.

³⁶ Schonberg, s. 9-15; Oğurlu, s. 224-225; Boz, s. 104 vd.; Altındağ, s. 25-33; Clayton, s. 104-105.

³⁷ Thomas, s. 41.

³⁸ Thomas, s. 41.

³⁹ Thomas, s. 53; Altındağ, s. 52; Boz, s. 220-221.

⁴⁰ Thomas, s. 53.

⁴¹ Oğurlu, s. 223; Erguvan, s. 1760-1761.

için, idare tarafından yapılan değişikliğin öngörülemez/tahmin edilemez olması gerekmektedir. Beklenti içinde olan kişi, mevcut/önceki düzenlemeye güvenerek hareket etmiş olmalı ve yapılan “ani” değişiklik neticesinde zarara uğramış olmalıdır.⁴² Bu bağlamda yürürlüğe giren yeni düzenlemenin, beklenti sahibinin beklentisini koruyacak şekilde *geçiş hükümlerini* içermesi gerekmektedir. Ancak, yeterli koruma sağlamayan veya dar kapsamlı geçiş hükümleri, haklı beklenti iddialarını ortadan kaldırmaya yetmez.⁴³

Haklı beklentilerin söz konusu olabilmesi için aranan bir diğer önemli koşul ise “*baskın kamu yararı*”nın bulunmamasıdır. Eğer baskın bir kamu yararı mevcutsa, haklı beklentinin korunmaması gerektiği, gerek doktrinde gerek yargı kararlarında kabul edilmektedir.⁴⁴ Baskın kamu yararı, muğlak bir kavram olmakla birlikte; haklı beklentinin korunup korunmayacağı tartışması bağlamında, kamu yararının *bireysel/şahsi yarar* karşısındaki üstünlüğü şeklinde ifade edilmektedir.⁴⁵

⁴² Boz, s. 233.

⁴³ Altındağ, s. 59.

⁴⁴ Forsyth, *Provenance and Protection*, s. 256; Craig, s. 303; Altındağ, s. 57; Boz, s. 253; Oğurlu, s. 261; Knight, s. 29. Haklı beklenti ve baskın kamu yararı kavramlarının tartışıldığı oldukça güncel ve önemli bir Danıştay kararına göre, “*Kişisel yarar ile baskın bir kamu yararının karşı karşıya geldiği hallerde baskın bir kamu yararının bulunması durumunda haklı beklentilerin korunması ilkesinin ihlâl edilmeyeceği göz önünde bulundurulmalıdır.*” Karar metni için bkz. D13D, 16.05.2023, E.2022/1470, K.2023/2419, <<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/danistay/13-d-e-2022-1470-k-2023-2419-t-16-5-2023>>, Erişim Tarihi 20 Aralık 2023. Danıştay 2. Dairesi’nin bir kararına göre de, “*Haklı beklenti, yönetimin ister taahhüt, isterse uzun süren bir uygulamasına güvenerek olsun, bireylerin çıkarlarına ya da lehlerine olan bir sonuca ulaşabileceklerini ümit etmeleri şeklinde tanımlanmıştır. Yönetimin, yönetim olmaktan kaynaklanan gücünü ve olanaklarını kullanarak makul beklentiyi karşılayabileceği, baskın kamu yararı olmadığı durumlarda, kamu görevlilerinin haklı beklentilerinin zedelenmemesi gerektiği kabul edilmektedir.*” Karar metni için bkz. D2D, 21.02.2023, E. 2020/2174, K. 2023/563, <<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/danistay/2-d-e-2020-2174-k-2023-563-t-21-2-2023>>, Erişim Tarihi 20 Aralık 2023.

⁴⁵ Cemil Kaya, *Kararlarından Hareketle Kamu Yararı Kavramına Danıştay’ın Bakışı*, On İki Levha Yayınları, 2011, s. 11-12; Tekin Akilhoğlu, “Kamu Yararı Kavramı Üzerine Düşünceler”, *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, 9 (1-3), 1988, s. 11; Akyılmaz / Sezginer / Kaya, s. 27; Boz, s. 253. Buna karşılık kamu yararı kavramına ilişkin çeşitli tanım denemeleri yapılmıştır. Örneğin bir tanıma göre “*Kamu yararı, genellikle çoğunluğun yararı olarak karşımıza çıkar. Dolayısıyla kamu yararı tek tek kişilerin yararına değil kamunun esenliğine hizmet eder. Kamu yararı bazen de çoğunluğun yararı ile çatışan, ancak niteliği gereği üstün tutulması gereken az sayıda kişinin yararı olarak karşımıza çıkar.*” Bu konuda bkz. Akyılmaz / Sezginer / Kaya, s. 28-29. Bir diğer tanıma göre ise “*Kamu yararı, sınırlanamak amacıyla, yine belirsiz bir kavramla tanımlanmalıdır. Kamu yararı, kamu esenliğinin sağlanmasıdır. Zira kamu esenliği, birçok özel ve kamusal menfaatlerden oluşan ve herhangi bir çatışma durumunda bile mevcut olan gerçek kamu yararıdır.*” Bu konuda bkz. Kaya, s. 16.

Nitekim bir Danıştay kararına göre de, “*Haklı beklenti davalarında ikili ispat yükü vardır. Davacı konumunda bulunan haklı beklenti sahibi, haklı bir beklentisinin olduğunu kanıtlarken, idarenin de beklentinin korunmaması için baskın bir kamu yararının varlığını kanıtlaması gerekir.*”⁴⁶ Öte yandan, baskın kamu yararının belirlenmesi ise takdir yetkisiyle açıklanabilecek bir konudur.⁴⁷

Burada incelenmesi gereken husus, ileriye etkili bir değişiklikte, ilgili kişinin beklentisinin korunmasını gerektirmeyecek bir kamu yararının olup olmadığıdır.⁴⁸ Örneğin, Avrupa Adalet Divanı’nın önüne gelen bir olayda; Kazakistan’da gıda sektöründeki sağlık denetimlerinin eksik olduğundan hareketle Komisyon, Kazakistan’dan gelen balıkların Avrupa’ya girişini yasaklamıştır. Uyuşmazlık konusu olayda, davacı, bu yasak getirilmeden önce Kazakistan’dan havyar ithal etmek için anlaşma imzaladığını ve bu kararla haklı beklentilerinin korunmadığını iddia etmiştir. Divan ise, *baskın kamu yararı* gerekçesiyle geçiş hükmü dahi içermeyen bu düzenlemenin, haklı beklentileri ihlal etmediğine karar vermiştir.⁴⁹ Bu karardan çıkarılabilecek sonuç, “*kamu sağlığı*”nın korunmasının, baskın kamu yararı olarak görüleceğidir.

Bu noktada değinilmesi gereken bir mesele de “*mali yük*” getiren hususların baskın kamu yararı bağlamında değerlendirilip değerlendirilmeyeceğidir.⁵⁰

⁴⁶ D13D, 16.05.2023, E. 2022/1470, K. 2023/2419, <<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/danistay/13-d-e-2022-1470-k-2023-2419-t-16-5-2023>>, Erişim Tarihi 20 Aralık 2023.

⁴⁷ Oğurlu, s. 261.

⁴⁸ Bu bağlamda doktrinde *Schonberg*, bireysel menfaat ile kamu yararı gereği beklentinin korunmaması arasında “*önemli ölçüde dengesizlik*” kriterini kullanmaktadır. Bkz. *Schonberg*, s. 150.

⁴⁹ *Dieckmann and Hansen GmbH v. Commission (Case T-155/99)* [2001] ECR II-3143, Altındağ, s. 50-51.

⁵⁰ Bu bağlamda “*tüp bebek tedavisi*”ne ilişkin 2008 tarihli bir Danıştay kararının üzerinde durmak istiyoruz. Dava konusu olayda davacı, tüp bebek tedavisinde anne adayına 40 yaş sınırı getirilmesi hükmünün ve bu hükmeye dayanılarak tesis edilen birel işlemin iptali için dava açmıştır. Danıştay’ın kararına göre, “*Tüp Bebek uygulaması ve kullanılan ilaçların maliyetinin yüksekliği karşısında, bu uygulamanın ancak olumlu sonuç alınma ihtimali yüksek kişiler bakımından bedelinin ödenmesi, bilimsel olarak bu ihtimalin son derece düşük olduğu belirlenen 40 yaş ve üstü kişiler bakımından ise kamu kaynaklarının riske edilmemesi, böylelikle kişisel menfaat ile kamusal menfaat arasında gözetilmesi gereken adil dengenin bozulmaması, kamu kaynaklarının etkin ve verimli kullanılmasının sağlanması amacıyla, gerek sağlık raporlarını düzenleyecek kurulun oluşumu, gerekse yaş sınırı getirilmesine ilişkin dava konusu Talimat hükümlerinde ve bu hükümler doğrultusunda ilaç bedellerinin ödenmesine ilişkin istemin reddi yolunda tesis edilen bireysel işlemde hukuka ve mevzuata aykırılık olmadığı sonucuna varılmıştır.*” Bu yönde bkz. D2D, 26.09.2008, E.2007/4397, K.2008/3749, <<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/danistay/13-d-e-2022-1470-k-2023->

Öncelikle şunu belirtmeliyiz ki, mali yükümlülüklerin artması, başlı başına ya da her durumda haklı beklentilerin korunmamasına bir gerekçe olarak görülmemelidir. Buna karşılık doktrindeki bir görüşe göre, devletin ekonomik dengesini ciddi ölçüde bozan, olağanüstü mali yükümlülükler getiren beklentilerin korunması mümkün değildir.⁵¹

Örneğin, Anayasa Mahkemesi, bireysel başvuru yoluyla önüne gelen bir uyuşmazlıkta, sosyal güvenlik hukukunda haklı beklenti ile baskın kamu yararı arasındaki ilişkiyi, “*sosyal güvenlik sisteminin sürdürülebilirliği*”ni ve “*tüm toplumu ilgilendiren*” bir mesele olmasını (yani mali dengeyi) esas alarak incelemiş ve şu yönde bir karar vermiştir: “*Sosyal güvenlik hizmetlerinde aktüeryal denge, mevcut ve gelecekteki varlıkların toplamının yine mevcut ve gelecekteki yükümlülüklerin toplamına eşit olması ve sistemdeki bireylere verilen taahhütlerin, sistem tarafından karşılanabilir olması anlamına gelmekte olup, 5510 sayılı Kanun’un geçici 20. maddesi gereğince belirli bir süre sonra Sosyal Güvenlik Kurumuna (SGK) devredilecek olan bu sandıkların mali dengelerinin korunmasında, genel sosyal güvenlik sisteminin mali yapısının korunması ve sosyal güvenlik planlaması çerçevesinde toplumun korunmaya daha çok muhtaç olan fertlerinin de bu sosyal güvenlik şemsiyesi altına alınması bakımından zorlayıcı nitelikteki kamu yararı olduğu açıktır.*”⁵²

Öte yandan, “insan onuru”ndan hareketle, bazı durumlarda kamu yararı ile bireysel yarar örtüşebilir. Böyle durumlarda, kamu yararının korunmasında bireysel yararlar da dikkate alınmalıdır. Zira bireysel yararların korunmasında devletin yerine getirmesi gereken ödevleri bulunmaktadır.⁵³ Bunun en tipik örneği, sosyal yardımlarda karşımıza çıkmaktadır. Sosyal yardımlar, en genel tanımıyla, toplumun kendi elinde olmayan nedenlerle yoksul ve muhtaç duruma düşen bireylerine ve dar gelirlilere insanlık onuruna yaraşır asgari bir hayat düzeyi sağlama amacıyla devlet bütçesinden parasal yardım yapılmasıdır.⁵⁴ Öyle ki kamu yararı bazen tek bir kişinin bireysel yararı olarak

2419-t-16-5-2023>, Erişim Tarihi 20 Aralık 2023. Danıştay 2. Dairesi, bu kararında doğrudan mali yükümlülüklerden hareket etmemiş, öncelikle konunun tıbbi boyutunu kapsamlı şekilde araştırmış ve bilimsel verilerle destekleyerek görüşünü ortaya koymuştur.

⁵¹ Altındağ, s. 60.

⁵² AYM, Zekiye Şanlı Başvurusu, Başvuru No: 2012/931, 26.06.2014, <<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2012/931>>, Erişim Tarihi 20 Aralık 2023.

⁵³ Kaya, s. 51.

⁵⁴ Can Tuncay / Ömer Ekmekçi / Ender Gülver, *Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri*, Yenilenmiş

da gündeme gelebilir.⁵⁵ Örneğin, doğuştan hasta bir çocuğun tedavisinin yapılıp iyileşmesinde sadece bireysel yarar değil, kamunun yararı da vardır.

Haklı beklentilerin korunması ise iki şekilde olmaktadır: Usule ilişkin haklı beklentilerin korunması (*procedural protection of legitimate expectations*) ve esasa ilişkin haklı beklentilerin korunması (*substantive protection of legitimate expectations*).⁵⁶ Belirli bir karar alınmadan veya politika değişikliğine gidilmeden önce ilgililerin görüşlerinin/savunmalarının alınması gerekliliği, usule ilişkin haklı beklentiler çerçevesinde değerlendirilmektedir.⁵⁷ Haklı beklentilerin korunması doktrini zaman içinde usuli korumadan esasa ilişkin (maddi) korumaya ivmelenmiştir.⁵⁸ Zira, idarenin belli davranışları, taahhütleri veya izlediği politikalar kişilerin gelecekte de kendilerine aynı yönde davranılacağı beklentisini doğurabilir. Bu beklentilerin sadece ilgililere söz/savunma hakkı verilerek karşılanması mümkün olmamaktadır. Dolayısıyla bu beklentilerin esas açısından da korunması gerekmektedir. Diğer bir deyişle, idare verdiği sözü tutmalı ve ilgililerin beklentileri yönünde hareket etmelidir.⁵⁹

C. Haklı Beklenti Kavramı ile Kazanılmış Hak Kavramının Karşılaştırılması

Haklı beklenti ile kazanılmış hak kavramı arasındaki benzerlik ve farklılıkların ortaya konulması, bu iki kavramın birbirine karıştırılmaması açısından oldukça önemlidir.⁶⁰ Esasen her iki kavramın da amacı öngörülebilirliğin, hukuki belirliliğin, istikrarın yani hukuk devleti ilkesinin tesis edilmesidir.⁶¹ Bununla birlikte, her iki kavram arasında önemli farklılıklar bulunmaktadır.

22. Bası, Beta Yayınları, 2023, s.772; Ali Güzel / Ali Rıza Okur / Nurşen Canıklıoğlu, *Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri*, Yenilenmiş 19. Bası, 2021, s. 7-9; Kadir Arıcı, *Türk Sosyal Güvenlik Hukuku*, 2.Bası, Gazi Kitabevi, 2022, s. 562.

⁵⁵ Kaya, s. 51.

⁵⁶ Detaylı bilgi için bkz. Schonberg, s. 32-106.

⁵⁷ Forsyth, s. 122; Knight, s. 45; Oğurlu, s. 236; Schonberg, s. 42 vd.; Erguvan, s.1721.

⁵⁸ Knight, s. 4.

⁵⁹ Oğurlu, s. 237-238; Knight, s. 100.

⁶⁰ Haklı beklenti kavramının müesses durum, *estoppel* ve idari istikrar ilkelerinden farkı için bkz. Altındağ, s. 19-24; Boz, s. 72-88.

⁶¹ Oğurlu, s. 28-30; D. Çiğdem Sever, *Danıştay Kararları Işığında İdare Hukukunda Kazanılmış Haklar*, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku (İdare Hukuku) Anabilim Dalı Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2006, s. 43-44.

Öncelikle, kazanılmış haktan söz edebilmek için, tamamlanmış bir hukuki işlem veya durumun bulunması gerekmektedir. Öyle ki, kazanılmış hak, tamamlanmış ve hukuka uygun bir durum nedeniyle ilgili kişi lehine doğmuş sonuçların, daha sonra yapılan bir kanun değişikliği veya idari işlemin geri alınması nedeniyle ortadan kaldırılmamasıdır.⁶² Bu bağlamda kazanılmış hak, önceki düzenleme döneminde kişi lehine doğmuş sonuçların hukuken korunmaya devam etmesidir.⁶³

Nitekim kazanılmış hak, doktrinde bir tanıma göre, “(...) doğumu anında hukuka uygun olarak tamamlanmış ve böylece kişiye özgü, lehte sonuçlar doğurmuş, daha sonra mevzuat değişikliği ya da işlemin geri alınması gibi nedenlere rağmen, hukuk düzenince korunması gereken haktır.”⁶⁴ Yine doktrinde yapılan bir başka tanıma göre kazanılmış hak, “Eski kanunun yeni kanun zamanında da etkisini sürdürmesidir. Eski kanunun yeni kanun zamanında etkisini sürdürmesi için, hakkın eski kanun hükümlerine uygun olarak; başka bir deyişle geçerli bir biçimde kazanılmış olması gerekir.”⁶⁵

Haklı beklenti kavramıyla kazanılmış hak kavramı arasındaki farklılık da bu noktada kendisini açıkça göstermektedir. Zira, kazanılmış hak, birel işlem aracılığıyla doğmuş ve tamamlanmış bir “hak” niteliğindeki; haklı beklentide, henüz doğmamış, “olası bir hak” söz konusudur. Dolayısıyla haklı beklentilerin korunması, kişilerin gelecekteki müstakbel haklarının korunması amacıyla öngörülen bir ilkedir.⁶⁶ İlaveten, haklı beklentide “hak”ın bulunması şartı da yoktur. Henüz tamamlanmamış veya devam eden süreçler ilgili lehine bir hak doğurmazlar. Belirli bir menfaatten yoksun kalan kişi hukuki durumunun öngörülebilirlik, belirlilik, hukuki güvenlik ilkeleri

⁶² Oğurlu, s. 29; Altındağ, s. 17; Sever, s. 43.

⁶³ Altındağ, s. 18.

⁶⁴ Oğurlu, s. 28. Ayrıca bkz. Turgut Tan, *İdari İşlemin Geri Alınması*, Sevinç Matbaası, 1970, s. 58-60.

⁶⁵ Edis, s. 177-178. Yine bir başka tanıma göre kazanılmış hak, “Yasaların önceye etki yasağı yani, önceki yasa zamanında doğan hukuki sonuçların sonradan çıkan yasa tarafından da tanınması gerekliliği (dir).” Bu yönde bkz. Sözer, *Kazanılmış Hakların Korunması*, s. 5-6. Benzer yöndeki bir diğer tanıma göre, “Kazanılmış hakların korunması ilkesinin hukuk kurallarının zaman bakımından uygulanmasına ilişkin bir hukuk müessesesi olduğu, bu bağlamda mevcut hukuk kurallarına göre elde edilmiş kazanımların daha sonra yürürlüğe giren mevzuat hükümleriyle ortadan kaldırılamayacağını ifade eden (bir kavramdır).” Kararın tamamı için bkz. D12D, 09.04.2014, E.2013/10902, K.2014/2399, <<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/arama?>>, Erişim Tarihi 23 Aralık 2023.

⁶⁶ Sever, s. 49.

gereğince korunmasını talep eder. Ancak bu koruma, her durumda kazanılmış haklar için sağlanan koruma kadar güvenceli değildir.⁶⁷

Ayrıca, kazanılmış hak, kanunların geçmişe etkili olması/geçmişe yürüme yasağının bir sonucu iken; haklı beklentilerin korunması, gerçek olmayan geçmişe yürümeye / derhal uygulanmaya ilişkin bir meseledir. *Haklı beklenti - kanunların geçmişe etkili olması/yürümesi* arasındaki ilişkiyi, konu bütünlüğünü sağlamak amacıyla çalışmamızın ikinci kısmında kapsamlı şekilde değerlendireceğiz.

II. SOSYAL GÜVENLİK HUKUKU BAKIMINDAN “HAKLI BEKLENTİLERİN KORUNMASI” MESELESİ

A. Bir Başlangıç Noktası: “Haklı Beklentiler” ile “Geçmişe Yürüme Yasağı” ve “Kanunların Derhal Yürürlüğe Girmesi” Arasındaki İlişki

“Haklı beklentilerin korunması” meselesini irdeleyebilmek için, öncelikle haklı beklenti kavramıyla kanunların geçmişe yürümesi meselesi arasındaki ilişkinin irdelenmesi gerekmektedir.

Hukuk devleti ilkesinin olmazsa olmaz unsurları arasında, hukuki güvenlik ve belirlilik ilkesi yer almaktadır.⁶⁸ Zira bir hukuk devletinde kişiler, kendilerine hangi hukuk kurallarının uygulanacağını önceden bilme ve kendi davranışlarını buna göre ayarlayabilme imkanına sahip olmalıdır. Aksi takdirde, kişiler kendilerini hukuki güvenlik içinde hissetmezler.⁶⁹ Nitekim bu husus Anayasa Mahkemesinin bir kararında da şu şekilde ifade olunmuştur: *“Kişilerin hukuki güvenliğini sağlamayı amaçlayan hukuki güvenlik ilkesi, hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerinde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar.”*⁷⁰

Hukuki güvenliğin sağlanması açısından ise sınırlarının belirlenmesi gereken husus, hukuk kurallarının zaman bakımından nasıl uygulanacağıdır.

⁶⁷ Oğurlu, s. 34-35.

⁶⁸ Theodor Maunz / Roman Herzog / Günter Dürig / Rupert Scholz / Bernd Grzeszick, *Grundgesetz (Kommentar)*, 101. Baskı, C.H.Beck, 2023, GG Art. 20 Rn. 50.

⁶⁹ Kemal Gözler / Gürsel Kaplan, *İdare Hukuku Dersleri*, 25. Baskı, Ekin Kitabevi Yayınları, 2023, s. 68.

⁷⁰ AYM, 16.01.2014, E.2013/110, K.2014/8, RG.09.05.2014, 28995, <<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Dosyalar/Kararlar/KararPDF/2014-8-nrm.pdf>>, Erişim Tarihi 27 Aralık 2023.

Bu noktada da “geçmişe etkili olma/yürüme yasağı” gündeme gelmektedir. Bir kanun, kural olarak yürürlüğe girdiği tarihten önceki eski kanuna göre oluşmuş veya tamamlanmış olaylara uygulanmaz. Bu ilkeye “geçmişe etkili olma/yürüme yasağı” denilmektedir.⁷¹ Zira eski kanun zamanında tamamlanmış ve tüm sonuçlarını doğurmuş bir hukuki işleme, yeni yürürlüğe giren kanun müdahale ederse, kanunların geçmişe yürüme yasağı ihlal edilmiş olur. Dolayısıyla, hukuk kuralları kural olarak yürürlüğe girdikten sonraki olay ve ilişkilere uygulanır.⁷² Ancak bazı durumlarda “kazanılmış hakları korumak” amacıyla, yeni kanun döneminde de eski kanun varlığını sürdürmeye devam edebilir.⁷³ O halde yeni kanunun geçmişe etkili olmaması ile kazanılmış hakların korunması arasında sıkı bir ilişki bulunmaktadır.⁷⁴ Nitekim Anayasa Mahkemesinin bir kararına göre de; “*Hukuk güvenliği ilkesi, aynı zamanda eski kanun döneminde oluşmuş ve tamamlanmış hukuki durumların korunmasını gerektirmektedir. Kanunların geçmişe yürütülme yasağıyla, geçmiş dönemde yürürlükte bulunan kanunlara uygun olarak oluşmuş kazanılmış hakların*

⁷¹ Başak Baysal, “Kanunların Zaman Açısından Yürürlüğü ile İlgili Teoriler”, Rona Ahmet Serozan (Ed.), *Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan*, Seçkin Yayınevi, 2004, s. 475; Muhammet Özkes, “Özel Hukuk-Kamu Hukuku ve Yargılama Hukuku Bakımından Kanunların Zaman İtibariyle Uygulanması”, Sabih Arkan (Ed.), *Prof. Dr. Fırat Öztan’a Armağan II. Cilt*, Turhan Yayınevi, 2010, s. 2862; Ali Nazım Sözer, “Kanunların Önceye Etki Yasağı: Sosyal Sigortalar Hukuku Bakımından Bir Değerlendirme”, *Yaşar Üniversitesi E-Dergisi*, 8 (Özel Sayı), 2013, 2479; Tekin Akıllıoğlu, “Yasaların (Anayasa Dahil) Zaman İçinde Uygulanması”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, 1, 1984, s. 285; Sema Taşpınar Ayvaz, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun (HMK) Zaman Bakımından Uygulanması*, Yetkin Yayınları, 2013, s. 60; Ayanoğlu, s. 89; Edis, s. 177-178; Gözler / Kaplan, s. 68.

⁷² Örneğin Anayasa Mahkemesi’nin bir kararına göre de; “*Kişilere hukuk güvenliğinin sağlanması, Anayasanın 2. maddesinde belirtilen hukuk devletinin ön koşullarındandır. Hukuk devleti, hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerinde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerektirir. Hukuk güvenliğinin sağlanması, bu doğrultuda yasaların geleceğe yönelik öngörülebilir belirlemeler yapılabilmesine olanak verecek kurallar içermesini gerekli kılar. Geriye dönük düzenlemelerle kişilerin haklarının, hukuki istikrar ve güvenlik ilkesi gözetilmeden kısıtlanması hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmaz. Hukuk devletinin gereği olan hukuk güvenliğini sağlama yükümlülüğü, kural olarak yasaların geriye yürütülmemesini gerekli kılar. ‘Yasaların geriye yürümezliği ilkesi’ uyarınca yasalar, kamu yararı ve kamu düzeninin gerektirdiği, kazanılmış hakların korunması, mali haklarda iyileştirme gibi kimi ayrıksı durumlar dışında ilke olarak yürürlük tarihlerinden sonraki olay, işlem ve eylemlere uygulanmak üzere çıkarılırlar. Yürürlüğe giren yasaların geçmişe ve kesin nitelik kazanmış hukuksal durumlara etkili olmaması hukukun genel ilkelerindedir.*” Kararın tamamı için bkz. AYM, 22.12.2011, E.2010/7, K.2011/172, RG. 14.02.2012, 28204, <<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/>>, Erişim Tarihi 28 Aralık 2023.

⁷³ Baysal, s. 495; Ayanoğlu, s. 91-92; Özkes, s. 2868; Oğurlu, s. 47.

⁷⁴ Ayanoğlu, s. 98.

korunması sağlanmaktadır. Bununla beraber, geçmişe yürüme yasağı mutlak bir kural değildir.”⁷⁵

Geçmişe etkili olma/yürüme yasağı, gerçek geçmişe yürüme ve gerçek olmayan geçmişe yürüme şeklinde ikiye ayrılarak da incelenmektedir.⁷⁶ Gerçek geçmişe yürüme, yeni düzenlemenin, bütün sonuçlarıyla birlikte doğan bir hakkı olumsuz yönde etkilemesidir.⁷⁷ O halde gerçek geçmişe yürüme ile kazanılmış hakların korunması meselesi birlikte değerlendirilmeye uygundur. Gerçek geçmişe yürüme, kural olarak⁷⁸ hukuka aykırıdır.⁷⁹

Öte yandan gerçek olmayan geçmişe yürüme ise, yeni bir yasal düzenlemenin, bu düzenleme yürürlüğe girmeden önce başlayan ve henüz tüm sonuçlarıyla tamamlanmamış hukuki ilişki ve olaylara uygulanmasıdır.⁸⁰ Esasen bu ilkenin “*kanunların derhal uygulanması*” olarak nitelendirilmesi daha isabetlidir.⁸¹ Zira bu durumda, yeni bir yasal düzenlemenin yürürlüğe girdiği andan itibaren, ne zaman kurulmuş olursa olsun devam eden tüm ilişki ve olaylara uygulanması söz konusudur.⁸² Eski kanun zamanında doğan ve etkisini yeni kanun zamanında da devam ettiren hukuki ilişki ve durumlara yeni kanunun derhal uygulanacağı ilkesi, kural olarak hukuka uygun kabul edilmektedir.

⁷⁵ AYM, 14.05.2015, E.2014/177, K.2015/49, RG.11.06.2015, 29383, <<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/>>, Erişim Tarihi 28 Aralık 2023.

⁷⁶ Dürig / Herzog / Scholz / Grzeszick GG Art. 20 Rn. 80-87; Oğurlu, s. 48 vd.; Taşpınar Ayvaz, s. 61.

⁷⁷ Dürig / Herzog / Scholz / Grzeszick GG Art. 20 Rn. 80; Oğurlu, s. 48-49.

⁷⁸ Gerçek geçmişe yürüme yasağının istisnaları için bkz. Baysal, s. 478; Özekes, s. 2865-2867.

⁷⁹ Dürig / Herzog / Scholz / Grzeszick GG Art. 20 Rn. 80; Sözer, Önceye Etki Yasağı, s. 2484. Bu konudaki bir Anayasa Mahkemesi kararında da bu durum şu şekilde ifade olunmuştur: “*Anayasanın 2. maddesinde yer alan hukuk devletinin sağlamakla yükümlü olduğu hukuk güvenliği, kural olarak yasaların geriye yürütülmemesini gerekli kılar. Yasaların geriye yürümezliği ilkesi uyarınca, yasalar kamu yararı ve kamu düzeninin gerektirdiği, kazanılmış hakların korunması, mali haklarda iyileştirme gibi kimi ayrıksı durumlar dışında ilke olarak yürürlük tarihinden sonraki olay, işlem ve eylemlere uygulanmak üzere çıkarılırlar; geçmiş, yeni çıkarılan bir yasanın etki alanı dışında kalır. Bu nedenle, sonradan yürürlüğe giren yasaların geçmişe ve kesin nitelik kazanmış hukuksal durumlara etkili olmaması hukukun genel ilkelerindedir.*” Kararın tamamı için bkz. AYM, 15.10.2009, E.2006/95, K.2009/144, RG. 08.01.2010, 27456, <<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/>>, Erişim Tarihi 28 Aralık 2023.

⁸⁰ Oğurlu, s. 52.

⁸¹ Rona Serozan, *Medeni Hukuk Genel Bölüm / Kişiler Hukuku*, 8. Baskı, Vedat Kitapçılık, 2018, s. 185; Baysal, s. 491-492.

⁸² Baysal, s. 492; Serozan, s. 185.

Örneğin Yargıtay 10. Hukuk Dairesi’nin önüne gelen bir uyuşmazlıkta, 1997 yılında geçirdiği iş kazası nedeniyle bekar olarak yaşamını yitiren sigortalının hak sahibi annesi, kendisine gelir tahsisinde bulunulması talebinde bulunur; fakat bu talebi, o tarihte yürürlükte bulunan 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu’nun 24. maddesindeki koşulu taşımadığı gerekçesiyle reddedilir. Zira o dönemdeki düzenlemeye göre, hak sahibi konumundaki ana ve babanın gelire hak kazanabilmesi için, “*Ana ve babanın geçimlerinin sigortalı tarafından sağlandığının belgelenmiş olması*” gerekmektedir. Bu düzenleme ise 06.08.2003 tarihinde yürürlüğe giren 4958 sayılı Kanunu’nun 35. maddesiyle, “*Sosyal güvenlik kuruluşlarına tabi çalışmama veya 2022 sayılı Kanuna göre bağlanan aylık hariç olmak üzere buralardan her ne ad altında olursa olsun gelir veya aylık almama*” şeklinde değiştirilmiştir. 01.10.2008 tarihinde yürürlüğe giren 5510 sayılı Kanunu’nun 34. maddesinde ise bu hükme kısmen benzer bir düzenleme getirilmiştir. Yüksek mahkeme, 1997 yılında meydana gelen olayı çözümlenmeye çalışırken “*kanunların zaman bakımından uygulanması*” meselesini temel almıştır. Yüksek mahkemeye göre, “*(Temel kural) kanunların yürürlüğe girmelerinden önceki olayları etkilemeyeceği, başka bir anlatımla geriye yürümeyecekleridir. Genel kural bu olmakla beraber, kamusal nitelikteki sosyal güvenlik hukukunda süregelen uyuşmazlıklarda, tamamlanmamış hukuki durumlara yeni kanun veya düzenleyici kural ‘derhal yürürlüğe girme’ niteliği nedeniyle uygulanmalı ve hukuki sonuçlarını doğurmalıdır. Tamamlanmış hukuki durumları yeni kanun veya düzenleyici kuralın etkilememesi ve onlar üzerinde hukuki sonuç doğurmaması ise kazanılmış hakları saklı tutma amacı taşımaktadır. Sosyal güvenlik kurallarının tanımlanan niteliği nedeniyle sonuç olarak, 24’üncü maddeyle ilgili görülmekte olan davalardaki uyuşmazlıklarda her iki düzenlemeden ana/baba yararına olan⁸³ düzenlemenin uygulanması*

⁸³ Yüksek mahkeme, anılan kararında hak sahiplerinin yararına olan düzenlemenin uygulanması gerektiğini ifade etmiştir. Buradan hareketle, doktrinde Sözer, “*sigortalı lehine yorum*” ilkesinin mevcudiyetini ileri sürmektedir. Acaba sosyal güvenlik hukukunda “*sigortalı lehine yorum*” yapılabilir mi sorusu tartışmaya değerdir. Öncelikle doktrinde Sözer, çeşitli makale ve konuşmalarında “*sigortalı lehine yorum*” yapılabileceğini ihsas etmektedir. Örneğin, “*Kanunların Önceye Etki Yasağı: Sosyal Sigortalar Hukuku Bakımından Bir Değerlendirme*” başlıklı makalesinde yazar, bahse konu Yargıtay kararını değerlendirirken şu ifadeleri kullanmıştır: “*Daha sonra kabul edilen düzenlemeler ile sigortalının lehine bir durum ortaya çıkmakta ise ilgiliye yeni kurallar uygulanabilecektir. Öyle ki, yeniden talepte bulununcaya kadar geçen sürede, eğer birden fazla kural yürürlüğe girmiş ise sigortalıya lehe olanı uygulanacaktır.*” Bkz. Sözer, Önceye Etki Yasağı, s. 2510-2511. Yine Sözer, Yargıtay ve Bölge Adliye Mahkemeleri’nin İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2019-2020 yılı Toplantısının tartışma bölümünde “*sigorta lehine yorum yapılamaz*” ifadesinin katı olduğunu ve aksinin savunulmasının da mümkün olduğunu

belirtmektedir. Bu yönde bkz. Ali Nazım Sözer, “Genel Görüşme”, *Yargıtay ve Bölge Adliye Mahkemeleri'nin İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2019-2020*, On İki Levha Yayınları, 2022, s. 649. *Sigortalı lehine yorumdan kasıt, yeni yürürlüğe giren ve sigortalı lehine olan bir düzenlemenin geçmişe yönelik uygulanmasıdır. Sigortalı lehine yorum ilkesinin mevcut olduğunu ileri süren bir başka görüş için bkz. Nurgün Emine Barın, “Türk Sosyal Güvenlik Hukuku'nda Sigortalı Lehine Yorum İlkesi”, International Conference On Eurasian Economies, 2016, <<https://www.avekon.org/papers/1754.pdf>>, Erişim Tarihi 30 Aralık 2023, s. 236-241; Emre Ertan, “Karar İncelemesi: Yaşlılık Aylığı Bağlanması İstemi, Yazılı Başvuru Koşulu ve Sigortalı Lehine Yorum İlkesi”, *Çalışma ve Toplum Dergisi*, 4 (19), 2008, s. 246-247. Örneğin Yargıtay 10. Hukuk Dairesi'nin bir kararına göre; “(...) davacının talep tarihinden sonra 01.10.2008 tarihinde yürürlüğe giren 5510 sayılı Kanun hükümlerinde; maluliyet sigortalı lehine getirilmiş hükümler de bulunmaktadır. Bu kanundaki söz konusu hükümlerin, sigortalılar lehine olması nedeniyle uyumsuzluğun çözümünde 5510 sayılı Kanun hükümlerinin de ayrıca değerlendirilmesi gereklidir.” Karar metnin tamamı için bkz. Y10HD, 17.03.2011, E.2010/9386, K.2011/3728, <<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/arama?>>, Erişim Tarihi 23 Aralık 2023. Bir başka karara göre, “Borçlanma yasalarının istisnai düzenlemeler olduğu dikkate alındığında, iş ve sosyal güvenlik hukukuna hakim prensip olan; işçi ve sigortalı lehine yorum ilkesinden söz edilerek, yasalarda açıkça belirtilen tanımların dışına çıkılmasına imkan bulunmamaktadır.” Karar metnin tamamı için bkz. YHGK, 08.03.2006, E.2006/15, K.2006/58, <<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/arama?>>, Erişim Tarihi 23 Aralık 2023. Yine bir diğer Yargıtay kararına konu olayda, 5510 sayılı Kanunla getirilen doğum borçlanması imkanının, söz konusu Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihten önceki olaylara uygulanıp uygulanmayacağı tartışılmıştır. Yargıtay 10. Hukuk Dairesi'ne göre; “(...) sosyal güvenlik hukukunun özel ve kamusal niteliği itibarıyla ve 5510 sayılı Kanunda, anılan hükümlerle getirilen, sigortalıların lehine olan bu borçlanma hakkının, Kanun'un yürürlüğünden önceki doğum olaylarına uygulanmasını engelleyen bir düzenlemenin olmadığı gözetildiğinde, 5510 sayılı Kanun'un yürürlük tarihinden önce meydana gelmiş doğum olaylarına da uygulanabileceğini kabul etmek gereklidir. Zira maddi hukukun her zaman, hayatın değişen sosyal akışı içinde gelişen tüm olayları ve ayrıntıları kurallaştırma gücüne sahip olmadığını da dikkate alıp, çıkarlar dengesi ve adalet duygularını gözetenek topluma gereksinmelerini karşılamakla yükümlü bulunan yargı organları, sigortalıların lehine hükümler içeren düzenlemelerin yürürlüğe girdiği durumlarda, kanun koyucunun amacını da göz önünde bulundurarak, söze oranla öze üstünlük tanyan bir yorumla sonuca varmalıdır.” Karar metnin tamamı için bkz. Y10HD, 25.02.2010, E. 2009/8312, K. 2010/2516, <<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/arama?>>, Erişim Tarihi 23 Aralık 2023. Kararın incelemesi için bkz. Ercüment Özkaraca, “Doğum Borçlanması -Karar İncelemesi-“ *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, 7 (26), 2010, s. 501-525. Yazara göre, yüksek mahkemenin kararı sonucu itibarıyla isabetlidir. Kanunların geçmişe yürümemesi, kazanılmış haklara riayet etme düşüncesinden kaynaklanmaktadır. Burada ilk defa tanınan bir hak söz konusudur. İlâveten kazanılmış hakların ihlal edilmesi gibi bir durum da söz konusu değildir. Dolayısıyla doğum borçlanması imkanın geçmişe yürütülmesinde sakınca bulunmamaktadır. Bkz. Özkaraca, s. 514-516. Aynı kararı inceleyen Tuncay'da, borçlanma imkanının Kanun'un yürürlüğe girmesinden önceki olaylara uygulanmasını, sosyal düşüncenin ve zayıfın korunması gerekliliğinin bir sonucu olarak görmektedir. Bu konuda bkz. Can Tuncay, “Doğum Borçlanması -Karar İncelemesi-“ *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, 7 (27), 2010, s. 1015-1025. Öte yandan, sosyal güvenlik hukukunda “sigortalı lehine yorum” ilkesinin olmadığı yönünde bkz. Ufuk Aydın, “Sosyal Sigortalıların Genel Hükümleri ve Türleri”, *Yargıtay ve Bölge Adliye Mahkemeleri'nin İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2019-2020*, On İki Levha Yayınları, 2022, s. 537; Fatih*

gerekmektedir.”⁸⁴ Yüksek mahkeme bu kararında isabetle, somut olayda yeni kanun hükümlerinin tamamlanmamış olaylara derhal uygulanması gerektiğine hükmetmiştir.⁸⁵

Bununla birlikte, devam eden hukuki ilişkilere kanunların derhal uygulanması kuralı “*kazanılmış hak*”ların değil, “*haklı beklentiler*”in korunması meselesini ilgilendirmektedir. Burada tamamlanmış ve tüm sonuçlarıyla ortaya çıkmış bir hukuki durum olmadığı için kazanılmış haktan söz edilemez. Dolayısıyla, tartışma konusu yapılması gereken husus, “*haklı beklentilerin doğup doğmadığı*” ile “*haklı beklentinin korunup korunmayacağı*” sorunudur.

Bu noktada ise kişilerin mevcut hukuki durumun süreceğine olan güveni

Uşan, “5510 Sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu’nun Yürürlük ve Uygulama Başlangıcına İlişkin Tespitler”, *Sicil İş Hukuku Dergisi*, 14, 2009, s. 245-246. Kanımızca, sosyal güvenlik hukukunda “*sigortalı lehine yorum*” ilkesinin varlığını kural olarak kabul etmek zor görünmektedir. Öncelikle, sosyal güvenliğin amacı sadece bireylerin değil bir risk topluluğunu oluşturan tüm kişilerin de korunmasıdır. İlaveten, kanunların zaman bakımından uygulanmasında bu ilkeye başvurulmasını ise isabetli bulmuyoruz. Nitekim, geçmişte başlayıp tamamlanmamış olaylara kural olarak yeni kanun derhal uygulanmaktadır. Burada hangi kanunun *sigortalı lehine* olduğunun araştırmasını yapmak mümkün değildir. Bunun istisnası Türk Ceza Kanunu m.7/2’de düzenlenmektedir. (“*Suçun işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanun ile sonradan yürürlüğe giren kanunların hükümleri farklı ise, failin lehine olan kanun uygulanır ve infaz olunur.*”) Benzer bir düzenleme sosyal güvenlik mevzuatında açıkça ifade olunmadığı sürece böyle bir değerlendirme yapılmamalıdır. Zira böylesine bir düzenleme, esasen adli ve idari yaptırımlara ilişkin hükümlerin zaman bakımından uygulanmasında gündeme gelebilir. Öte yandan, sosyal adalet ve hakkaniyet gibi düşüncelerle sigortalı lehine çeşitli düzenlemeler yapılmakta ve böylece sigortalının menfaati ön planda tutulmaktadır. Yine de, bu tür değerlendirmeleri “*sigortalı lehine yorum*” şeklinde bir yorum ilkesi altında incelemek kanımızca çok da isabetli değildir. Bu bağlamda kanunun lafzının açık olmadığı hallerde kişilere sosyal adalet, hakkaniyet ve zayıfın korunması düşüncesiyle bazı olanaklar tanınması mümkün kabul edilmelidir. Örneğin, Yargıtay 10. Hukuk Dairesi’nin önüne gelen bir uyuşmazlıkta, kişinin askerlik sırasında hava değişiminde geçirdiği sürelerin askerlik borçlanmasına konu olup olamayacağı araştırılmıştır. Davacı askerlik görevi sırasında hava değişimi nedeniyle kıtasından ayrılmış; ancak askerlikten ilişkisi kesilmemiş ve hava değişimi sonrası yeniden askerlik hizmetini yapmaya devam etmiştir. Yüksek mahkeme, askerliğe sevk ve terhis tarihleri arasındaki hava değişiminde geçen sürelerin de, er olarak silah altında geçen süreler olarak kabulü ve borçlanılmasının *sigortalı lehine yorum* kuralı sonucu olduğuna karar vermiştir. Karar metni için bkz. Y10HD, 11.04.1988, E.1988/2165, K.1988/2355, <<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/arama?>>, Erişim Tarihi 30 Aralık 2023.

⁸⁴ Y10HD, 24.01.2011, E.2011/913, K.2011/2328, <<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/arama?>>, Erişim Tarihi 23 Aralık 2023. Ayrıca bkz. Sözer, Önceye Etki Yasağı, 2510-2511.

⁸⁵ Benzer yönde Ali Güzel, “Sosyal Sigortaların Genel Hükümleri ve Türleri”, *Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2008*, Türk-İş Yayınları, 2010, s. 346-347.

ile devletin mevzuatını geliştirme ve yeni ortaya çıkan sorunlara mevzuatını uyarlama yetkisi arasında bir *tartım* yapılması gerekir.⁸⁶ Bu tartım sonucunda kişinin güveninin, kamu yararı karşısında ağır bastığına karar verilirse, bu güvenin korunması gerekir.⁸⁷ Bu tartım ise “*orantılılık ilkesi*” esas alınarak yapılmalıdır.⁸⁸ Haklı beklentinin korunmasının ağırlığı, temel haklar tarafından korunan hukuki menfaat ile kişinin karşı karşıya kaldığı yükümlendirici hükümlerin / dezavantajının yoğunluğuna da bağlıdır.⁸⁹

Bu bağlamda, yeni yasal düzenlemenin derhal yürürlüğe girmesi nedeniyle bu yeni yasal durumdan etkilenecek kişinin hukuki pozisyonu ve buna karşılık gelen güveni önem arz etmektedir. Bu tartımda, kişinin hukuki pozisyonunun geleceğe yönelik beklentisini elde etmesine yakın bir zamanda değişmesi ile ilgili kişinin bu değişime uyum sağlama yeteneği göz önünde bulundurulmalıdır.⁹⁰ Buna göre, kişinin idareden bu yöndeki beklentileri, ilelebet veya çok uzun bir gelecek için değil; tersine, öngörülebilir bir gelecek içinse “haklı beklenti” olarak değerlendirilebilir.⁹¹ Örneğin, sigortalı ne kadar uzun süre sigorta ilişkisi içinde kalmış ve elde edeceği sosyal sigorta yardımına ne kadar çok yaklaşmışsa, beklentisi de o ölçüde korunacaktır.⁹²

Öte yandan, ilgili kişi yapılan değişikliğe uyum sağlayabilecek olsa dahi, bu yeni duruma uyarlama, kişiye ağır bir zarar verecekse, yine kişinin haklı beklentisinin korunması gerekliliği gündeme gelebilir.⁹³

Doktrinde de isabetli belirttiği üzere, kişilerin güveninin korunması, mevcut hukuki durumların değiştirilemeyeceği anlamına gelmemekte ise de, her hukuki değişiklikte güvenin korunması ilkesi göz önünde tutulmalıdır.⁹⁴ Bu bağlamda, kanunların derhal yürürlüğe girmesi konusunda, özellikle

⁸⁶ Dürig / Herzog / Scholz / Grzeszick GG Art. 20 Rn. 88.

⁸⁷ Dürig / Herzog / Scholz / Grzeszick GG Art. 20 Rn. 88.

⁸⁸ Martin Geppert / Raimund Schütz, *Beck'scher Kommentar zum TKG*, 5. Baskı, C.H.Beck, 2023, TKG § 57 Rn. 15; Olaf Deinert, *Beck-Online.GrossKommentar*, C.H.Beck, 2017, BeckOGK/Deinert SGB III § 422 Rn. 67-68.

⁸⁹ Dürig / Herzog / Scholz / Grzeszick GG Art. 20 Rn. 89.

⁹⁰ Dürig / Herzog / Scholz / Grzeszick GG Art. 20 Rn. 91.

⁹¹ Ali D. Ulusoy, *Türk İdare Hukuku*, Gözden Geçirilmiş 6. Baskı, Yetkin Yayınları, 2023, s. 481.

⁹² Sözer, *Kazanılmış Hakların Korunması*, s. 12.

⁹³ Altındağ, s. 47-48.

⁹⁴ Bu konuda bkz. Sözer, *Kazanılmış Hakların Korunması*, s. 12.

yükümlendirici (yani kişinin mevcut statüsünü olumsuz yönde etkileyen ya da mevcut yükümlülüklerini arttıran/ağırlaştırıcı veya yararlandırıcı hususları azaltan/daraltan) hükümlerin derhal değil “*ertelenmiş biçimde*” yani *geçiş hükümleriyle* gerçekleştirilmesi gerekmektedir.⁹⁵ Bu husus, özellikle sigortalının gelecekteki menfaatlerini ilgilendiren sosyal güvenlik hukukunda daha da büyük önem taşımaktadır.

B. Sosyal Güvenlik Hukukunda Tercihlen Ziyade Bir Zorunluluk: Geçiş Hükümleri

Haklı beklentilerin korunması meselesinde özellikle gündeme gelen konu “*geçiş hükümleri*”nin varlığıdır.⁹⁶ Nitekim, yeni yürürlüğe giren düzenlemelerin, kişilerin hukuki durumlarında ani ve öngörülemez değişiklikler yapması hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmaz. Öyle ki doktrinde *Yılmaz*’ın da isabetli bir şekilde belirttiği üzere, “*Yükümlendirici değişikliklerin ileriye etkisi bakımından ‘haklı beklenti’ (makul beklenti) kavramı/ilkesi, kamusal makamlar açısından bir ‘sınır’ (bireyler açısından ise bir ‘güvence’) teşkil eder. Bu sınır, düzenleyici idari işlemin muhataplarının (bireylerin) haklı beklentilerinin korunması amacıyla, yükümlendirici hükümlerin ‘ani’ bir etki doğurmamasını zorunlu kılar; yani ‘kademeli bir geçiş’ (uyum/intibak süreci) öngörülmesini gerektirir.*”⁹⁷

Diğer bir ifadeyle, belli bir hukuki durumun devam edeceğine duyulan güven ile yeni hükümlerin derhal uygulanması arasında bir denge kurulmaya çalışılmalıdır.⁹⁸ Kademeli geçiş hükümlerinin olmamasının ise, “*eksik düzenleme*” sonucunu doğurabileceği için, iptal yaptırımını da beraberinde getirmesi söz konusu olabilir.⁹⁹ Dolayısıyla, idarenin ileriye etkili biçimde yapacağı düzenlemeler, öngörülebilirlik, hukuki belirlilik ve idari istikrar ilkeleri doğrultusunda hazırlanan geçiş hükümlerini de içermelidir.¹⁰⁰

⁹⁵ Yılmaz, s. 524.

⁹⁶ 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu’ndaki geçiş hükümlerinin incelenmesi için bkz. Hediye Ergin, “5510 Sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Yasası’nın Geçici Hükümlerine İlişkin Bir İnceleme”, *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, 4 (13), 2007, s. 221-280.

⁹⁷ Yılmaz, s. 523.

⁹⁸ Yılmaz, s. 523, dn. 119.

⁹⁹ Yılmaz, s. 524. Örneğin, bu konuda bkz. D10D, 14.06.2011, E.2007/5427, K.2011/2289; DİDDK, 29.11.2021, E. 2021/2187, K. 2021/2684, <<https://www.lexpera.com.tr>>, Erişim Tarihi 18 Aralık 2023.

¹⁰⁰ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de *Lakićević and Others v. Montenegro and*

uygulanacağı ilkesi, yürürlükten kaldırılan düzenlemelere göre kurulan ancak sonuçlanmayan veya süreklilik gösteren hukuki ilişkiler için geçerlidir. Yeni düzenleme yerine başka bir şey geçerli olacaksa, bunun açıkça belirlenmesi gerekir.¹⁰⁵

Öte yandan, yeni kanun yürürlüğe girdiği anda tamamlanmış hukuki ilişkilere uygulanmaz. Bu tür tamamlanmış durumlara müdahale edilmesine, güvenin korunması ilkesi nedeniyle, kural olarak izin verilmez.¹⁰⁶ Bununla birlikte, yeni kanunların, başlayan / devam eden hukuki ilişkiler bakımından geçiş hükümlerini gerektirip gerektirmediğinin de denetlenmesi gerekir. Mevcut hukuki ilişkilerde bir hukuki durumdan diğerine sert/ani bir geçiş yapılması, anayasal veya diğer nedenler dikkate alınacağı için mümkün değildir. Burada “gerçek olmayan geçmişe yürüme” durumu ortaya çıkar. Benzer şekilde, yeni kanunun yürürlüğe girmesinden sonra yeni hukuki ilişkiler için bir geçiş sürecinin olup olmadığı da incelenmelidir. Böylece gelecekteki hukuki ilişkilerin kademeli olarak arzu edilen hukuki duruma uygun hale getirilmesi söz konusu olabilir.¹⁰⁷

Geçiş hükümlerine ihtiyaç duyulup duyulmadığını anlamak için, şu kuralların dikkate alınması gerekir: (+) Yeni kanunla hedeflenen hukuki duruma hemen ve tam olarak ulaşılması mümkün değilse, geçiş hükümlerine gerek vardır. (+) Bir hukuki durumun ne ölçüde tamamlandığı veya devam ettiği konusunda şüphe varsa, bu hukuki konuların gelecekte nasıl ele alınacağını bir geçiş hükmü belirlemelidir. (+) Bir hukuki durumun devam edeceğine dair güven ile devletin yeni düzenlemenin derhal uygulanmasındaki menfaati arasında her zaman bir tartım yapılmalıdır. Yasa koyucunun yeni düzenlemenin uygulanmasındaki isteği ne kadar acilse ve bu yeni düzenlemenin tam olarak uygulanması ihtiyacı ne kadar zorunluysa, hukuki ilişkilerin yeni düzenlemelere tabi olması o kadar gereklidir. (+) Geçiş hükümlerine duyulan gereklilik doğrudan temel haklardan kaynaklanabilir. Örneğin bir mesleğe girmek veya mesleği sürdürmek konusu yeniden düzenleniyorsa Alman Federal Anayasası m.12/1 nedeniyle geçiş düzenlenmesi yapılmalıdır.¹⁰⁸

“Bu kanun sadece kanun yürürlüğe girdikten sonra ortaya çıkan hukuki ilişkiler için geçerlidir.” gibi bir ifade kullanılmamalıdır. Bu, kanunun

¹⁰⁵ Bekanntmachung des Handbuchs der Rechtsförmlichkeit, s. 122-123, Rn. 413.

¹⁰⁶ Bekanntmachung des Handbuchs der Rechtsförmlichkeit, s. 123, Rn. 414.

¹⁰⁷ Bekanntmachung des Handbuchs der Rechtsförmlichkeit, s. 123, Rn. 415.

¹⁰⁸ Bekanntmachung des Handbuchs der Rechtsförmlichkeit, s. 123, Rn. 416.

gelecekteki hukuki durumlara uygulanacağı gerçeğinin dışında, önceki (devam eden) hukuki durumların nasıl ele alınacağını doğrudan göstermez. Bunun yerine mevcut hukuki ilişkilerle bağlantı kurulması önerilir. Yeni kanunun mevcut hukuki ilişkilere uygulanması özel şartlara tabi kılınabileceği gibi kısıtlamalara da tabi tutulabilir.¹⁰⁹

C. Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Düzenlemelerde Yapılan Değişiklikler ile Haklı Beklentilerin Korunması Meselesi Arasındaki İlişki

1. Genel Olarak

Haklı beklentilerin korunması, kazanılmış hakların korunmasına kıyasla daha karmaşık ve çözümü daha zor bir meseledir. Zira doğası gereği haklı beklenti, kişinin gelecekte elde etmeyi ümit ettiği bir hukuki yarar üzerine kuruludur. Burada hakkı doğuran olay, eski kanun zamanında ortaya çıkmış olmasına karşın, tüm sonuçlarını henüz doğurmadığı için, yeni yürürlüğe giren kanunun hükümlerine derhal tabi olmaktadır.¹¹⁰ Dolayısıyla, haklı beklentinin doğup doğmadığı ile bu beklentinin korunmasının hukuken gerekli olup olmadığı oldukça tartışmalıdır. Bu husus bilhassa sosyal güvenlik hukukunda önem arz etmektedir.

Sosyal güvenlik mevzuatı, çeşitli sebeplerle çok sık değişikliğe uğramaktadır. Bu durumun en çok etkilediği alan ise uzun vadeli sigorta kollarından (malullük, yaşlılık ve ölüm sigortaları) hak kazanılan edimlerdir. Öyle ki, uzun vadeli sigorta kollarının sağladığı edimlere hak kazanmak için sadece sigorta olayının doğumu yeterli olmamakta, ilaveten asgari bir bekleme süresi ile prim ödeme süresinin tamamlanması da gerekmektedir.¹¹¹

Bu durum sosyal sigorta ilişkisinin hukuki niteliğinin de bir sonucudur. Sosyal sigorta ilişkisinin, doktrinde iki döneme ayrılarak incelenmesi gerektiği isabetle belirtilmektedir. Birinci dönem, sosyal sigorta ilişkisinin kurulmasından sonraki ve fakat sigorta olayının ortaya çıkmasından önceki aşamadır. Burada halihazırda bir edim ilişkisi kurulmamıştır. Bu dönemde sigortalı, sosyal sigorta yardımlarına hak kazanmak için prim öder ve bekleme süresini doldurmaya çalışır. İkinci dönemde ise sigorta olayının ortaya

¹⁰⁹ Bekanntmachung des Handbuchs der Rechtsförmlichkeit, s. 123-124, Rn. 417.

¹¹⁰ Ergin, s. 225.

¹¹¹ Sözer, Kazanılmış Hakların Korunması, s. 12.

konusuyla, kişilerin haklı beklentileri korunmamaktadır.¹¹⁷

2. Haklı Beklentilerin Korunması Meselesinde Güncel / Bitmeyen Bir Sorun: “Emeklilikte Yaşa Takılanlar”

İnceleme konumuz açısından özellikle üzerinde durmak istediğimiz önemli bir husus, kamuoyunda “*Emeklilikte Yaşa Takılanlar (EYT / EYT mağdurları)*” olarak bilinen kişilerin, bu iddia ve taleplerinin dayanağının ne olduğudur. Emeklilikte yaşa takılanlar, en genel tanımıyla, emeklilik şartlarını yerine getirmelerine karşın, yasa değişikliği nedeniyle yaş şartını sağlayamaz konuma düştükleri için, emekli olamayan ve yaş koşulunu sağlamayı beklemek zorunda olan kimselerdir.¹¹⁸ Bu meselenin özünde, 1999 yılında yürürlükte olan 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu’nda yapılan değişiklik yatmaktadır. Yapılan değişiklikle birlikte, emekliliğe hak kazanmak için sigortalılık süresi ve prim ödeme gün sayısına ek olarak yaş şartı da getirilmiştir. Kanun değişikliğiyle birlikte, kademeli olarak yaş ve prim gün sayısı da arttırılmıştır. Böylece, çok erken yaşta (kadınlarda 38; erkeklerde 43) emekli olabilmek imkanının önüne geçilmeye çalışılmıştır. Bu yasal değişikliğin temel nedeni ise, Sosyal Sigortalar Kurumu’nun aktüeryal dengesini korumak ve finansman açığını kapatmaktır.

Emeklilikte yaşa takılanlar olarak örgütlenen ve seslerini siyasi iktidara duyurmak isteyen (ve sayılarının altı milyona yakın olduğundan söz edilen) bu grup, yaş şartını beklemeden -yani yapılan düzenlemenin kendilerine derhal uygulanmaksızın, eski koşullarla- emekli olma hakkını elde etmeyi istemektedir. Siyasi iktidar, bu kişilerin kamuoyunda yarattıkları baskıya dayanamayıp, 01.03.2023 tarih ve 7438 sayılı “Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu ile 375 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede

¹¹⁷ Örneğin Anayasa Mahkemesi’nin bir kararına göre; “*Meşru beklenti bireyin varlığına güvenerek hareket ettiği ‘lehine olan bir kanunda öngörülemez bir değişiklik yapılması’ ve bu değişikliğin herkes yönünden objektif olarak geçerli olabilecek ‘bir beklentiye sonuçsuz bırakması’ şartlarının birlikte bulunması hâlinde söz konusu olmakta, ayrıca bir beklentinin hukuken korunabilmesi için anılan şartların yanında bu beklentinin korunmasına engel teşkil eden bir kamu yararının da bulunmaması gerekmektedir. Bu yönüyle anayasa yargısında kişi yararıyla kamu yararının karşı karşıya geldiği durumlarda ancak önemli bir kamu yararının bulunmadığı durumlarda haklı beklentinin korunması kabul edilebilir. Aksi takdirde kanun koyucunun kamu yararını gerçekleştirmek üzere değişen koşullara göre yeni politikalar belirlemesi imkânı önemli ölçüde zedelenebilir.*” Kararın tamamı için bkz. AYM, 20.12.2018, E.2016/181, K.2018/111, RG.05.04.2019, 30736, <<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/>>, Erişim Tarihi 30 Aralık 2023.

¹¹⁸ Tuncay / Ekmekçi / Gülver, s. 523.

Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun”¹¹⁹ ile 5510 sayılı “Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu”na geçici 95. maddeyi¹²⁰ eklemiş ve böylece bu kimselerin yaş şartını beklemeden emekli olmalarının önünü açmıştır.¹²¹

Ancak EYT’lilerin bu talebinin temelinde hangi hukuki gerekçenin yattığı sorusunun cevaplanması gerekmektedir. Öncelikle şunu belirtmeliyiz ki, EYT’lilerin emekliliğe hak kazanma koşulları bağlamında kazanılmış hakları söz konusu değildir. Zira kazanılmış haktan söz edebilmek için, tamamlanmış bir hukuki işlem veya durumun bulunması gerekmektedir. Bu kimselerin emeklilik konusunda kazanılmış haklarının olabilmesi için, eski düzenleme döneminde kendileri lehine doğmuş/tamamlanmış sonuçların ortaya çıkması gerekirdi. Oysa burada böyle bir durum söz konusu değildir. Nitekim çalışmaya başlayarak bir statünün içine girmek, emeklilik hakkını elde etmemiş olanlar açısından kazanılmış hak oluşturmaz.

Öte yandan, bu kişilerin eski kanun dönemine göre emekli olabilmeleri noktasında haklı beklentilerinin bulunup bulunmadığı, esasen tartışılmalıdır. Doktrinde EYT’lilerin beklenen hakka sahip olduğu; ancak beklenen hakka kanun koyucunun her zaman müdahale edebileceği, dolayısıyla beklenen hakkın bir hak bahşetmeyeceği belirtilmektedir.¹²²

Kanımızca, bu kişilerin “haklı beklentileri” de bulunmamaktadır. Bir statü içine girmek, sigortalıya, her zaman bu durumun değişmeden devam edeceğine dair bir hak iddia etme imkanı sunmaz. Ayrıca idareyi, çok uzun ve belirsiz bir süre için eski kurullarla bağlı kalmaya zorlamak, “*kamu hizmetinin değişkenliği ve değişen şartlara uyulanabilmesi ilkesi*”yle bağdaşmaz.¹²³ Süregelen kamusal bir ilişki olan sosyal sigorta ilişkisinde,

¹¹⁹ RG.03.03.2023, 32121.

¹²⁰ 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu Geçici Madde 95/1: “*Bu maddenin yürürlük tarihinden sonra aylık bağlanması için talepte bulunanlardan 506 sayılı Kanun’un geçici 81 inci maddesinin birinci fıkrasının (B) bendi, 1479 sayılı Kanun’un geçici 10 uncu maddesinin ikinci fıkrası, 2925 sayılı Kanun’un geçici 2 nci maddesinin birinci fıkrasının (B) bendi ve 5434 sayılı Kanun’un geçici 205 inci maddesi hükümlerine göre yaşlılık veya emekli aylığı bağlanacak olanlar, söz konusu hükümlerde yaş dışındaki diğer şartları taşımaları halinde yaşlılık veya emekli aylığından yararlanırlar. Bu fıkra esas alınarak geriye dönük herhangi bir ödeme yapılmaz ve geriye dönük hak talep edilemez.*”

¹²¹ 7438 Sayılı Kanun’un Anayasanın 2, 5 ve 6. maddelerine aykırı olduğu yönündeki görüş için bkz. Çağlar Çopuroğlu, “7438 Sayılı Kanun’un (EYT) Anayasa’ya Aykırılığı”, *Sicil İş Hukuku Dergisi*, 50, 2023, s. 116-126.

¹²² Tuncay / Ekmekçi / Gülver, s. 523.

¹²³ Ulusoy, s. 480.

şüphesiz ki yapılacak her değişiklik, kural olarak gelecekteki beklenen hakları etkilemektedir.¹²⁴ Dolayısıyla, gelecekte doğması ümit edilen haklar, yasa koyucunun sonradan yapacağı değişikliklerden etkilenebilir. Bu bağlamda, idare, emekliliğe hak kazanmak için başlangıçta öngörmediği “yaş” şartını, sonradan yapacağı bir değişiklikle getirebilir ve bu durum, devam eden sosyal sigorta ilişkileri açısından derhal uygulanabilir. Geleceğe yönelik kazanılması ümit edilen her beklenti, haklı beklenti düzeyinde değildir.

Ancak, şu da gözden kaçırılmamalıdır ki; sigortalıların, meşru nedenlere dayanarak devletten kendi lehlerine bir uygulama yapılacağı yönünde haklı beklentileri olabilir. Bu noktada yeni düzenlemenin kademeli geçiş hükümleri barındırıp barındırmadığı incelenmelidir. Sigortalılık süresi ile prim ödeme gün sayısını büyük ölçüde tamamlayıp, emekli olmaya çok yaklaşanlar bakımından getirilecek ve derhal uygulanmaya başlayacak olan düzenlemenin, bu kişilerin yakın bir gelecekte emekli olacakları yönündeki beklentilerini ortadan kaldırmayacak şekilde hakkaniyetli geçiş düzenlemeleriyle hüküm altına alınması gerekir.

O halde konu bir kez de EYT'lilerin taleplerinin sosyal güvenlik mevzuatında yer alan kademeli geçiş hükümleri karşısında haklılık payı taşıyıp taşımadığı perspektifinden incelenmelidir. Yukarıda da belirttiğimiz üzere, sorunun ana kaynağı, 1999 yılında yürürlükte bulunan 506 sayılı Kanun'da 4447 sayılı Kanun'la¹²⁵ yapılan değişikliktir.¹²⁶ Anılan değişiklik sonrasında yaşlılık aylığına hak kazanma koşulları bakımından geçici m.81 ile kademeli bir geçiş dönemi getirilmiştir. Böylece 08.09.1999 tarihinden önce sigortalı olanlar için yaş ve gün sayısı açısından kademeler oluşturulmuştur. Ancak, 506 sayılı Kanun'a 4447 sayılı Kanun'la eklenen geçici m.81'in (B) ve (C) bentleri Anayasa Mahkemesi tarafından 23.02.2001 tarihinde kademeler arasında adil, makul ve ölçülü olmayan geçişler öngördüğü ve eşitlik ilkesine aykırılık oluşturduğu gerekçesiyle iptal edilmiştir.¹²⁷ İptal edilen hükümler sonrasında ise, 4759 sayılı Kanunla¹²⁸ yeni düzenlemeler öngörülerek 23.05.2002 tarihinden itibaren yeni bir kademeli geçiş dönemi başlamıştır.

¹²⁴ Benzer yönde Uşan, s. 243.

¹²⁵ RG. 08.09.1999, 23810.

¹²⁶ 4447 sayılı Kanunla yapılan değişiklikler hakkında bkz. Kadir Arıcı, “4447 Sayılı Kanunla Sosyal Sigortalar Kanunu'nda Yapılan Değişiklikler”, *Kamu-İş Dergisi*, 5, 2000, s. 20-22.

¹²⁷ AYM, 23.02.2001, E. 1999/42, K.2001/41, RG.23.11.2001, 24592.

¹²⁸ RG. 01.06.2002, 24775.

Anayasa Mahkemesi’nin verdiği iptal kararında da belirttiği üzere “... sosyal güvenlik sisteminde yapılan değişikliklerin hukuk devletinde olması gereken hukuk güvenliğini zedelemeyecek biçimde adil, makul ve ölçülü olması zorunludur.” Getirilen yeni kademeli geçiş hükümleriyle emekliliğe hak kazanmak bakımından görece ölçülü bir yaklaşım benimsendiği söylenebilir.

Öte yandan, EYT’lilerin haklı beklentilerinin olduğunu bir an için kabul edecek bile olsak, haklı beklentilerin korunması için, baskın kamu yararının olmaması gerekir. Emeklilik yaşının 38 veya 43 gibi çok genç sayılabilecek yaşlara indirgenmesi, hassas dengeler üzerine kurulu ve toplumun tamamının geleceğini ve refahını ilgilendiren sosyal güvenlik sisteminin finansal krize girmesine yol açabilecek boyuttadır.¹²⁹ Aktif ve pasif sigortalı arasındaki dengenin bozulması, sisteme kaldıramayacağı yükler yüklemekte ve bu da toplumun şimdiki ve gelecekteki her ferdi üzerinde ciddi olumsuzluklara yol açma tehlikesini barındırmaktadır. Nitekim, yaş koşulu öngören yasal düzenlemenin getirilmesindeki amaç da tam olarak bunun önüne geçmektir. Sonradan yapılan yasal düzenlemeyle getirilen yaş koşulunun süregelen statüleri etkilemesi, bu boyutuyla da baskın kamu yararının bir sonucudur.

3. Sosyal Güvenlik Hukukunda Haklı Beklentilerin Korunmasına İlişkin Yargı Kararlarına Bakış

Haklı beklentilerin korunması meselesi, büyük ölçüde yargı kararları ekseninde şekillendiği için, aşağıda, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi kararları üzerinden, örneklerle konuyu somutlaştırmaya çalışacağız.

a. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarına Bakış

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, haklı beklenti kavramını iki anlamda kullanmaktadır. İlk olarak Mahkeme, haklı beklenti kavramına, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Ek 1 Numaralı Protokol’ün 1. maddesi¹³⁰ (P1-

¹²⁹ Sosyal Güvenlik Kurumu’nun 2024 yılı Ocak ayı istatistiklerine göre Kurum’un toplam geliri 268.582.947 TL olup, toplam gideri ise 275.978.857 TL’dir. Bu konuda bkz. (<https://www.sgk.gov.tr/Istatistik/Aylik/42919466-593f-4600-937d-1f95c9e252e6>). Yine Sosyal Güvenlik Kurumu’nun 2024 yılı Ocak ayı istatistiklerine göre toplam aktif sigortalı sayısı 22.801.966 iken; pasif sigortalı sayısı ise 16.098.639’dur. Bu konuda bkz. (<https://www.sgk.gov.tr/Istatistik/Aylik/42919466-593f-4600-937d-1f95c9e252e6>). Sosyal güvenliğin finansmanı konusunda bkz. Berna Öztürk, *Türk Sosyal Güvenlik Hukukunda Primler*, Turhan Kitabevi, 2016, s. 11 vd.

¹³⁰ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Ek 1 Numaralı Protokol’ün 1. maddesine göre; “Her gerçek ve tüzel kişinin mal ve mülk dokunulmazlığına saygı gösterilmesini isteme hakkı

1) bağlamında “*mülkiyet*”in kapsamını genişletmek amacıyla başvurmaktadır. Bu sayede uyuşmazlıklar Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin önüne taşınabilmektedir. İkinci olarak ise, Mahkeme, haklı beklenti kavramını, bir kimsenin gelecekte kendi mülkiyetini kullanma ve mülkiyetinden yararlanma beklentisi olarak değerlendirmektedir.¹³¹

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin sosyal güvenlik hukukunda haklı beklenti yorumuna geçmeden önce, Mahkemenin sosyal güvenlik hukukuna ilişkin uyuşmazlıkları inceleyip inceleyemeyeceği sorusunun cevaplanması gerekmektedir. Öncelikle sosyal güvenlik hakkı, ikinci kuşak haklar arasında düzenlendiği için, ne Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ne de Ek 1 Numaralı Protokol kapsamında yer almaktadır. Ancak, Mahkeme, sosyal güvenlik hukukuna ilişkin meseleleri (*sosyal güvenlik pozisyonlarını*) mülkiyet bağlamında değerlendirdiği ölçüde, bu konulardaki uyuşmazlıkları karara bağlamaktadır.¹³²

Mülkiyet hakkı korumasından yararlanabilmek için ise, uyuşmazlık konusu malvarlığı değerinin, başvuruçunun mülkiyetinde olması veya bunu elde edeceğine dair haklı beklentisi olması gerekir.¹³³ Aksi takdirde mülkiyet hakkının varlığından söz edilemez.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’ne göre sahip olunan bir şeyin mülkiyet hakkı korumasından yararlanabilmesi için, *ekonomik bir değer* taşınması gerekmektedir. Ancak, eşya hukukundaki mülkiyet anlayışıyla,

vardır. Herhangi bir kimse, ancak kamu yararı sebebiyle ve yasada öngörülen koşullara ve uluslararası hukukun genel ilkelerine uygun olarak mal ve mülkünden yoksun bırakılabilir. / Yukarıdaki hükümler, devletlerin, mülkiyetin kamu yararına uygun olarak kullanılmasını düzenlemek veya vergilerin ya da başka katkıların veya para cezalarının ödenmesini sağlamak için gerekli gördükleri yasaları uygulama konusunda sahip oldukları hakta halel getirmez.” Çeviri metni Adalet Bakanlığı İnsan Hakları Dairesi Başkanlığı’nın resmi internet sitesinden alınmıştır. Bkz. <<https://inhak.adalet.gov.tr/Home/BilgiDetay/5>>, Erişim Tarihi 2 Ocak 2024 Türkiye, Protokol’ü 20 Mart 1952 tarihinde imzalamış ve 6366 sayılı Kanun ile onaylamıştır.

¹³¹ Cousins, s. 25; Aiste Mickonyte, “The Right to (Acquire?) Property: Social Security Rights Before The ECtHR”, *Graz Law Working Paper Series*, Working Paper No 09-2020, <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3751582>, Erişim Tarihi 3 Ocak 2024, s. 2.

¹³² H. Burak Gemalmaz, *Mülkiyet Hakkı - Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-6*, Avrupa Konseyi, 2018, <https://www.anayasa.gov.tr/media/3548/06_mulkiyet_hakki.pdf>, Erişim Tarihi 2 Ocak 2024, s. 42.

¹³³ Gemalmaz, *Mülkiyet Hakkı*, s. 43.

Esasen incelenmesi gereken mesele, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne mülkiyet koruması talebiyle başvuran kişinin, ulusal hukukuna göre bir malvarlığına sahip olmayıp bu yönde bir haklı beklentisinin olduğu durumlardır. Kişinin haklı beklentisi, yukarıda da belirttiğimiz üzere, Ek 1 Numaralı Protokol'ün 1. maddesi bağlamında korunacaktır. Ancak bu koruma, bilhassa, sosyal güvenlik pozisyonlarına ilişkin haklı beklentilerde nasıl olacaktır?

Esasen, bu sorunun cevabı, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin *Bélané Nagy v. Macaristan* kararında kapsamlı bir şekilde irdelenmiştir.¹³⁹ Başvurucu Bélané Nagy geçirdiği bir kaza neticesinde engelli haline gelmiş ve kendisine 2001 yılında engellilik derecesine göre maluliyet aylığı bağlanmıştır. Ancak, 2009 yılının Aralık ayında engellilik derecesinin belirlenmesinde farklı bir yöntemin izlenmeye başlanması üzerine -Bayan Nagy'nin sağlık durumu değişmemesine karşın- engellilik derecesi düşük çıkmış ve kendisine bağlanan maluliyet aylığı kesilmiştir. Bayan Nagy, 2011 yılında engellilik derecesinin farklı bir yöntemle yeniden belirlenmesini talep etmiş ve nihayetinde maluliyet aylığı almaya hak kazanacak derecede engelli olduğu tespit edilmiştir. 2012 yılında ise maluliyet aylığına hak kazanmak için sağlanması gereken kriterlere yönelik yeni bir yasal düzenleme yürürlüğe girmiştir. Bu yeni yasal düzenleme ise ek birtakım yükümlülükler getirmiştir. Bayan Nagy'nin engellilik derecesi yeni yasa bağlamında aylığa hak kazanmak için yeterli olsa da, kendisi yasanın kapsamına (gereken prim ödeme gün sayısı ve sigortalılık süresini sağlayamadığı için) girmemiştir. Dolayısıyla, Bayan Nagy'nin, kendisine aylık bağlanma talebi reddedilmiştir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, ilk olarak Bayan Nagy'nin başvurusunu, sosyal güvenlik hakkından doğan maddi bir talep olarak değerlendirerek, Ek 1 Numaralı Protokol'ün 1. maddesi kapsamında görmüştür. İkinci olarak Mahkeme, Bayan Nagy'nin mülkiyet hakkı korumasından yararlanabilmesi için haklı bir beklentisi olup olmadığını irdemiştir. Mahkemeye göre, başvuru maluliyet aylığı alabilmek için idareye ilk başvurduğu tarihte, yürürlükteki mevzuata göre maluliyet aylığına hak kazanma yeterliliğine sahiptir. Ancak,

Hakkı Kapsamında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesince Korunması", *İş Dünyası ve Hukuk - Prof. Dr. Tankut Centel'e Armağan*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi No: 720, İstanbul, 2011, s. 711-712.

¹³⁹ AIHM, *Bélané Nagy v. Macaristan*, Başvuru No: 53080/13, 10.02.2015, <[https://hudoc.echr.coe.int/fre#%7B%22itemid%22:\[%22002-10372%22\]%7D](https://hudoc.echr.coe.int/fre#%7B%22itemid%22:[%22002-10372%22]%7D)> Erişim Tarihi 4 Ocak 2024. Bu konuda ayrıca bkz. Cousins, s. 28-33; Mickonyte, s. 12-15.

sonradan, başvurucunun *kişisel sağlık durumunda bir değişiklik olmamasına karşın*, engellilik derecesinin hesaplanması yöntemi farklılaştırılınca, başvurucunun engellilik oranı azalmış ve aylığa hak kazanamaz hale gelmiştir. O halde başvurucunun maluliyet aylığı alma konusunda haklı beklentisinin olduğu kabul edilmelidir. Mahkeme; ayrıca, başvurucunun maluliyet aylığı alma konusunda doğan haklı beklentisinin, Dünya Sağlık Örgütü’nün “İşlevsellik, Engellilik ve Sağlık Uluslararası Sınıflandırılması”nda belirtilen temel etik ilkelere yer alan, “*Kişilerin sosyal yardımlardan faydalanmaları konusunda engelleyici ya da kısıtlayıcı düzenlemeler yapılmamalıdır.*” ilkesi bağlamında da değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir.

Öte yandan Mahkeme, başvurucunun 2010 yılında kesilen maluliyet aylığına rağmen devam eden bir haklı beklentisi olup olmadığını da tartışmıştır. Mahkemeye göre, başvurucunun engelli aylığı kesilmesine rağmen, haklı beklentisi sürmüştür; zira, başvuru maluliyet aylığı alma konusundaki haklı beklentisinin varlığını, engellilik derecesinin periyodik olarak gözden geçirilmesini talep etmesiyle ortaya koymuştur.¹⁴⁰

Son olarak Mahkeme, devletlerin sosyal güvenlik mevzuatını düzenleme konusunda takdir marjına sahip olsa dahi, hakkın özünü tamamen ortadan kaldıracak veya bu hakkı kullanılamaz hale getirecek düzenlemeler yapamayacağına; zira bu durumun orantılılık ilkesine aykırı olacağına hükmetmiştir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin önüne gelen *Smokovitis ve Diğerleri v. Yunanistan* başvurusuna konu olayda ise; özel bir okulda geçici olarak sözleşmeli çalışan öğretim elemanlarına, önceden hak ettikleri araştırma ödenekleri sonradan çıkan bir kanuni düzenleme nedeniyle ödenmemiştir. Bu yeni kanuni düzenleme yürürlüğe girinceye kadar olan süreçte, sözleşmeli akademisyenlere bu ödemelerin yapılacağı yerleşik yargı kararlarıyla da hüküm altına alınmıştır. Bu içtihatlarla güvenen akademisyenler, hak ettikleri ödemenin kendilerine ödenmesi için dava açmış; ancak dava devam ederken yeni düzenleme yürürlüğe girmiştir. Bu yeni düzenleme ise, araştırma ödeneklerinin sadece kadrolu akademisyenlere verilmesi gerektiğini düzenlediği için, sözleşmeli öğretim elemanlarına bu ödeme yapılmamıştır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, akademisyenlerin hak ettikleri ödeneklerin

¹⁴⁰ Benzer yöndeki başka kararlar için bkz. AİHM, *Baczúr v. Macaristan*, Başvuru No: 8263/15, 07.06.2017; *Krajnc v. Slovenia*, Başvuru No: 38775/14, 31.10.2017, <[110](https://hudoc.echr.coe.int/#{%22itemid%22:[%22001-171779%22]}>, Erişim Tarihi 8 Ocak 2024.</p></div><div data-bbox=)

ödenmemesini öngören ve derdest davalara derhal uygulanan yasayı meşrulaştıran bir sebep / toplumun genel kamu yararını gözeten bir neden olmadığını belirterek, mülkiyet hakkının ve adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir.¹⁴¹

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin önüne gelen *Draon v. Fransa* kararına konu olayda da, hatalı teşhis nedeniyle engelli olarak doğan çocuk sebebiyle, aile, tazminat davası açmıştır. Dava devam ederken değişen ve derhal uygulanan (gerçek olmayan geçmişe yürüme) yasa nedeniyle tazminat miktarı azalmıştır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, yeni yasayla getirilen bu düzenlemenin sağlık hizmetinin yeniden ve düzgün bir biçimde organize edilmesi gerekliliği, eşit muamele ve etik düşünceler nedeniyle yapılması iddiasına bakmaksızın, başvuruların mülkiyet hakkını ihlal ettiğine karar vermiştir.¹⁴²

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi *Fedulov v. Rusya* kararında ise, kanser hastası olan başvurucuya yapılan sağlık/ilaç yardımının kesilmesi meselesini incelemiştir.¹⁴³ Başvurucuya ilk teşhis olduğu zaman kendisine ödeneceği vaat edilen ilaç yardımı, yasal koşulları sağladığı ve hak ettiği halde yapılmamıştır. Mahkeme öncelikle, ilaç parasının başvurucuya ödenmemesini, Ek 1 Numaralı Protokol'ün 1. maddesi kapsamında değerlendirmiştir. Yine Mahkeme, başvurucunun ilacın kendisine ücretsiz verileceği beklentisini, haklı beklenti kapsamında değerlendirmiştir.

Buna karşılık Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, özel sağlık sigortasının yenilenmemesini ise, başvuruların beklentileri bir yasa hükmüne veya yargı kararına dayanmadığı ve malvarlığı değeri de teşkil etmediği için haklı beklenti kapsamında nitelmemiştir¹⁴⁴.

¹⁴¹ AİHM, *Smokovitis and Others v. Yunanistan*, Başvuru No: 46356/99, 11.07.2002, <<http://hudoc.echr.coe.int/eng#%22itemid%22:%22001-60424%22>>, Erişim Tarihi 8 Ocak 2024. Ayrıca bkz. Gemalmaz, Mülkiyet Hakkı, s. 178.

¹⁴² AİHM, *Draon v. Fransa*, Başvuru No: 1513/03, 06.10.2005, <<http://hudoc.echr.coe.int/eng#%22itemid%22:%22001-70447%22>>, Erişim Tarihi 8 Ocak 2024.

¹⁴³ AİHM, *Fedulov v. Rusya*, Başvuru No: 53068/08, 08.01.2020, <<https://hudoc.echr.coe.int/eng#%22itemid%22:%22001-196411%22>> Erişim Tarihi Erişim Tarihi 8 Ocak 2024.

¹⁴⁴ AİHM, *Ramaer and Van Villingen v. Hollanda*, Başvuru No: 34880/12, 23.10.2012, <<http://hudoc.echr.coe.int/eng#%22itemid%22:%22001-114826%22>>, Erişim Tarihi 3 Ocak 2024.

b. Anayasa Mahkemesi Kararlarına Bakış

Haklı beklenti kavramı, anayasa yargısında hem “*norm denetimi*” hem de “*bireysel başvuru*” kararlarında ele alınmaktadır. Anayasa Mahkemesi, sosyal güvenlik mevzuatına ilişkin önüne gelen uyumsuzluklarda haklı beklenti kavramını -tespit edebildiğimiz kadarıyla- özellikle kanunun geçiş hükümleri barındırıp barındırmaması ve bu geçiş hükümlerinin kapsamı bağlamında incelemektedir. Örneğin, Anayasa Mahkemesi, emeklilik yaşına ilişkin bir düzenlemeyi, emekliliğe hak kazanma koşullarına ilişkin kademelerin dar tutulması ve geçiş hükümlerinin yeterli olmaması nedeniyle iptal etmiştir. Nitekim Anayasa Mahkemesi’ne göre; “*Sigortalılık süresi yönünden yapılan kademelendirmeler arasında adil olmayan geçişler yapılmıştır. Sigortalılık süresi bir günlük farkla alt kademeye indirildiğinde yaşlılık aylığına hak kazanabilmek için 2 yıl daha bekleme zorunluluğu doğmaktadır.*”¹⁴⁵.

Buna karşılık, Mahkeme bir başka kararında, “*Yeni emeklilik yaşıyla ilgili geçiş sürecinde, önceki mevzuata göre erkekler için 43 yaşını doldurma koşulu, 1 yıl farkla 44 yaşını doldurma olarak düzenlenmiştir. Buna göre, yeni düzenlemeye geçişte konuya ilişkin önceki kurallar da gözetildiğinde, 44 yaşını doldurma koşulu getiren itiraz konusu düzenlemenin makul, adil ve ölçülü olmadığı ileri sürülemez.*” şeklinde hüküm kurmuştur¹⁴⁶.

Burada esasen kapsamlı bir biçimde üzerinde durmak istediğimiz husus, konuya ilişkin *bireysel başvuru kararlarıdır*.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 148. maddesinin 3. fıkrasına göre; “*Herkes, Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilir. Başvuruda bulunabilmek için olağan kanun yollarının tüketilmiş olması şarttır.*” Yine 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanunun¹⁴⁷ 45. maddesinin 1. fıkrasına göre, “*Herkes,*

¹⁴⁵ Karar metni için bkz. AYM, 23.02.2001, E.1999/42, K.2001/41, RG.23.11.2001, 24592, <<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Dosyalar/Kararlar/KararPDF/2001-41-nrm.pdf>>, Erişim Tarihi 4 Ocak 2024. Bu konuda ayrıca bkz. AYM, 17.01.2013, E.2011/143, K.2013/18, RG.12.07.2013, 28705, <<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/2013/18?KararNo=2013%2F18>>, Erişim Tarihi 4 Ocak 2024.

¹⁴⁶ AYM, 24.06.2004, E.2003/18, K.2004/88, RG.20.02.2007, 26440, <<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/2004/88?EsasNo=2003%2F18>>, Erişim Tarihi 4 Ocak 2024.

¹⁴⁷ RG.03.04.2011, 27894.

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.”

Yukarıda da belirttiğimiz üzere, sosyal güvenlik hakkı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamında yer alan haklar arasında sayılmamaktadır. Ancak, Anayasa Mahkemesi de Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin yaptığı yoruma benzer bir yorum yaparak, Anayasa ve Sözleşmenin ortak koruma alanına giren bir başka hakla bağlantılı olması halinde, sosyal güvenlik hukukundan doğan uyumsuzlukları incelemektedir. Bu bağlamda mülkiyet hakkı, eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı, adil yargılanma hakkı, özel hayatın gizliliği gibi konular önem taşımaktadır.¹⁴⁸

Haklı beklentilerin korunması konusunda sosyal güvenlik hakkıyla bağlantılı olarak mülkiyet hakkına ilişkin çeşitli uyumsuzluklar Anayasa Mahkemesi'nin önüne bireysel başvuru yoluyla gelmektedir. Anayasa Mahkemesi de öncelikle sosyal güvenlik mevzuatından kaynaklanan ve ekonomik değer taşıyan bir talep olup olmadığını veya bu yönde bir haklı beklentinin oluşup oluşmadığını incelemektedir.¹⁴⁹

Örneğin, Anayasa Mahkemesi'nin önüne gelen bir uyumsuzlukta, noter olarak görev yapmakta iken yaş haddinden emekli edilen başvurucu, emeklilik işleminin iptali amacıyla açtığı davanın reddedilmesi üzerine, gelecekte çalışması halinde elde edebileceği kazançtan mahrum kaldığını belirterek mülkiyet hakkının ihlal edildiğini iddia etmiştir. Anayasa Mahkemesi ise, başvurucunun mülkiyet hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddiasını, “*iddia ettiği hakkı elde etme konusunda meşru bir beklentiye sevk edecek bir kanun hükmü veya yerleşik yargısal bir içtihat bulunmadığı*” gerekçesiyle, konu bakımından yetkisizlik nedeniyle kabul edilemez bulmuştur.¹⁵⁰

Haklı beklentiden söz edebilmek için, yukarıda da belirttiğimiz üzere, bir

¹⁴⁸ Ömer Ekmekçi / H. Burak Gemalmaz / Volkan Aslan / H. Hilal Yılmaz, *Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvurunun Temel Esasları ve İş ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Kararlar*, On İki Levha Yayınları, 2022, s. 53; Gemalmaz, *Sosyal Güvenlik Hukukundaki Statüler*, s. 722-723.

¹⁴⁹ Miraç Eşen, *Bireysel Başvuruda Mülkiyet Hakkı Çerçevesinde Sosyal Güvenlik Hakkı*, Adalet Yayınevi, 2023, s. 72.

¹⁵⁰ Bu konuda bkz. AYM, Ali Efe Başvurusu, Başvuru Numarası: 2013/2860, 11.12.2014, <<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2013/2860>>, Erişim Tarihi 10 Ocak 2024.

hakkın kanuna, yerleşik bir içtihadada veya idarenin uzun süren bir uygulamasına dayanması gerekmektedir. İlâveten, beklentide “hile”nin bulunmaması gerekir. Diğer bir deyişle, kişi, hileye dayanarak bir hak elde etmeye çalışırsa, burada haklı beklentinin korunmasından yararlanamaz. Bu konuya ilişkin bir uyuşmazlık, Anayasa Mahkemesi’nin önüne gelmiştir. Uyuşmazlık konusu olayda başvuru, yetim aylığını almak amacıyla muvazaalı bir şekilde eşinden boşanmıştır. Başvurucunun, boşanma sonrasında fiilen eski eşiyile beraber yaşamayı sürdürmesinin tespit edilmesi üzerine, kendisine bağlanan yetim aylığı kesilmiş ve almış olduğu aylıkların iadesi istenmiştir. Başvurucunun icra takibine karşı yaptığı itiraz reddedilerek kesinleşmiştir. Başvuru ise, yetim aylığı almaya devam etmesi gerektiğini, bu konuda haklı beklentisi olduğu ileri sürmüştür.

Anayasa Mahkemesi ise, “Boşandığı eşiyile fiilen birlikte yaşayanların yetim aylığının kesileceği ve yersiz yapılan ödemelerin tahsil edileceği hükmü 5510 sayılı Kanununun 96. maddesinde açıkça ifade edilmekte olup bu hüküm anlaşılabilir, ulaşılabılır ve öngörülebilir niteliktedir. Başvurucu tarafından, boşandığı eşiyile fiilen birlikte yaşadığı halde yetim aylığı almasını haklı kılan bir yargı kararı sunulmadığı gibi bu yönde yerleşik hâle gelmiş bir içtihadada da rastlanmamıştır.” gerekçesiyle, mülkiyet hakkının ihlal edildiği yönündeki iddiayı konu bakımından yetkisizlik nedeniyle kabul edilemez bulmuştur.¹⁵¹

Öte yandan, Anayasa Mahkemesi’nin önüne gelen bir başka uyuşmazlıkta, başvuru, ölen eşinden dolayı kendisine ölüm aylığı bağlanmasını talep etmiş; ancak bu talebi, ölen eşin askerlik borçlanmasının eksik hesaplanması nedeniyle reddedilmiştir. Bu nedenle de başvuru beş yıl boyunca bu haktan mahrum kalmıştır. Uyuşmazlık konusu olayda, başvuru, ölen eşinden dolayı kendisine ölüm aylığı bağlanması amacıyla, 16.02.2007 tarihinde Sosyal Güvenlik Kurumuna askerlikte geçen sürelerin borçlanması için başvurmuştur. Başvurucunun talebi kabul edilmiş ve başvuru 756 günlük askerlik süresi üzerinden borçlanmaya ilişkin ödemeyi 21.02.2008 tarihinde

¹⁵¹ Bu konuda bkz. AYM, Emel Kavas Başvurusu, Başvuru Numarası: 2013/8032, 09.09.2015, RG.22.10.2015, 29510, <<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2013/8032>>, Erişim Tarihi 10 Ocak 2024. Öte yandan, Anayasa Mahkemesi’ne göre, “Başvurucunun, 5434 sayılı Kanun’un 117. maddesinde öngörülen sürede talepte bulunması şartı, yetim aylığı alma hakkının doğmasının değil fiilen ödeme yapılabilmesinin bir şartıdır. Bu nedenle başvuru bu süreye uyup uymaması meşru beklentinin varlığını etkilememektedir.” Bu konuda bkz. AYM, Yeşim Bullock Başvurusu, Başvuru No: 2014/13223, 20.09.2017, <<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2014/13223>>, Erişim Tarihi 10 Ocak 2024. Ayrıca bkz. Eşen, s. 74-75.

yapmıştır. Ancak, Kurum, askerlik süresi on gün eksik hesaplandığı için başvurucuya tahsis yapmamıştır. Başvurucu, daha sonra ölen eşinin askerlik süresinin 756 gün değil 766 gün olduğunun tespiti istemiyle dava açmış ve bu davası 21.05.2013 tarihinde kabul edilerek karar kesinleşmiş; başvurucuya 04.07.2013 tarihinde ölüm aylığı bağlanmıştır.

Daha sonra başvurucu, 21.02.2008 tarihinden 04.07.2013 tarihine kadar geçen sürede mahrum kaldığı ödemelerin kendisine yapılması amacıyla dava açmış; ancak başvurucunun bu talebi reddedilmiş ve karar kesinleşmiştir. Başvurucu, mülkiyet hakkının ihlal edildiğinden hareketle Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yoluyla başvurmuş ve Mahkeme, başvurucunun bu dönem arasındaki ölüm aylıkları yönünden, haklı beklentisi olduğundan bahisle, mülkiyet hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir.¹⁵²

Anayasa Mahkemesi, kazanılmış hak düzeyine ulaşmayan ancak, kanunların derhal uygulanması (gerçek olmayan geçmişe yürüme) nedeniyle sosyal güvenlik mevzuatından kaynaklanan statülerinde dezavantajlı duruma gelen kişilerin, koşulların oluşması halinde, haklı beklentilerinin korunacağını belirtmektedir.

Anayasa Mahkemesi, önüne gelen bir uyuşmazlıkta, başvurucular lehine haklı beklenti oluşturan yargısal içtihadın, sonradan yürürlüğe giren ve derdest davayı etkileyen kanun değişikliği nedeniyle önüne geçildiği ve bu nedenle mülkiyet hakkı ve adil yargılanma hakkının ihlal edildiği iddiasını incelemiştir.¹⁵³ Uyuşmazlık konusu olayda başvurucu, 506 sayılı Kanun'un geçici 20. maddesi uyarınca kurulmuş bulunan T. Vakıflar Bankası T.A.O. Memur ve Hizmetlileri Emekli Sağlık Yardım Sandığı Vakfına ödediği primler

¹⁵² Nitekim Anayasa Mahkemesi'ne göre; "(...) başvurucunun eşinin askerlik hizmetinin on gün eksik hesaplandığı Mahkeme kararıyla sabittir. Bu durumda başvurucunun ölüm aylığına hak kazanması bakımından gerekli olan 900 günlük hizmet koşulu, başvurunun yapıldığı 16.02.2007 tarihi itibarıyla sağlanmıştır. Dolayısıyla ölüm aylığı bağlanması için aranan 900 gün hizmet süresi koşulunun borçlandırılan tutarların ödendiği 21.02.2008 tarihinde sağlanmış olduğu anlaşıldığından bu tarih ile Temmuz 2013 tarihi arasındaki döneme ilişkin ölüm aylıkları yönünden Anayasa'nın 35. maddesi kapsamında koruma gören bir meşru beklentinin var olduğu sonucuna ulaşılmıştır." Kararın tamamı için bkz. AYM, Besime Çetin Başvurusu, Başvuru Numarası: 2014/17809, 08.11.2017, RG.03.01.2018, 30290, <<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2014/17809>>, Erişim Tarihi 10 Ocak 2024.

¹⁵³ AYM, Zekiye Şanlı Başvurusu, Başvuru No: 2012/931, 26.06.2014, <<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2012/931>>, Erişim Tarihi 10 Ocak 2024. Benzer yöndeki diğer kararlar için bkz. AYM, Yasemin Mutlu, Başvuru No: 2013/1426, 25.03.2014, RG.18.06.2015, 29390; AYM, Ülkü Tunca ve Diğerleri, Başvuru No: 2012/928, 11.12.2014, <<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2012/928>>, Erişim Tarihi 10 Ocak 2024.

karşılığında adı geçen sandıktan emekli aylığı almaktadır. Vakıf senedine göre de vakfın, emekli aylıklarına ilişkin artışları, 506 sayılı Kanun’la belirlenmiş asgari standardın altına düşmeden yapması gerekmektedir. Sandık üyeleri, söz konusu artışların 506 sayılı Kanun’un geçici 20. maddesine uygun yapılmadığı gerekçesiyle iş mahkemelerinde çeşitli alacak davaları açmışlar ve davalar sonucunda bu artışların nasıl yapılması gerektiği konusunda yargısal içtihat oluşmuştur. Öyle ki Yargıtay Hukuk Genel Kurulu davacılar lehine karar vermiştir.¹⁵⁴ Buna karşılık, başvuru emekli aylığında artış yapılmamış ve başvuru, eksik ödenen yaşlılık aylığının hesaplanarak kendisine ödenmesi için iş mahkemesinde dava açmıştır.

Yargılama sürerken kanun değişikliği yapılmış ve 506 sayılı Kanun’un geçici 20. maddesine eklenen 5. fıkrayla, yardımların sağlanması ve bağlanması yönünden alt sınırın belirlenmesinde, *muadil miktar karşılaştırmasının esas alınacağı*, bunun da *mevcut davalara uygulanacağı* düzenlenmiştir. İş mahkemesi de bu düzenlemeye dayanarak başvuru davasını reddetmiş ve bu karar Yargıtay 10. Hukuk Dairesi tarafından onanmıştır.¹⁵⁵ Daha sonra bu maddenin iptali istemiyle Anayasa Mahkemesi’ne, somut norm denetimiyle başvurulmuşsa da, Anayasa Mahkemesi, anılan düzenlemede Anayasaya aykırılık olmadığını tespit etmiştir.¹⁵⁶

Bunun üzerine de başvuru, anılan yasa değişikliğinin derdest davaya uygulanması nedeniyle, haklı beklentilerinin korunmadığını ve adil yargılanma, sosyal güvenlik ve mülkiyet haklarının ihlal edildiğini iddia ederek, bireysel başvuru yoluyla Anayasa Mahkemesi’ne başvurmuştur.

Anayasa Mahkemesi ise verdiği kararında mülkiyet hakkının ihlali ile adil yargılanma hakkının ihlali arasında çelişkili bir durum yaratmıştır. Öncelikle, Mahkeme, başvuru hakkı beklentisinin ve mülkiyet hakkının ihlal edildiği iddiasına ilişkin olarak; “(...) *devletin sosyal güvenlik alanına ilişkin takdir yetkisi(nin) geniş olduğunu; sosyal güvenliğe ilişkin düzenlemelerin değiştirilmeye açık olduğunu, yasama organının bu konuda engellenemeyeceğini, kanunlara veya mahkeme kararlarına*

¹⁵⁴ Bkz. YHGK, 24.03.2010, E.2010/10-155, K.2010/170, <<https://www.lexpera.com.tr>>, Erişim Tarihi 10 Ocak 2024.

¹⁵⁵ Y10HD, 09.10.2012, E.2012/11783, K.2012/18117, <<https://www.lexpera.com.tr>>, Erişim Tarihi 10 Ocak 2024.

¹⁵⁶ AYM, 09.05.2013, E.2011/42, K.2013/60, RG.25.07.2014, 29071, <<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/2013/60?EsasNo=2011%2F42>>, Erişim Tarihi 10 Ocak 2024.

dayalı olarak tanınmış emeklilik haklarının, geçmişe etkili yeni kanunlarla değiştirilebileceğini, bu kapsamdaki bir düzenlemenin, açıkça keyfi olduğu tespit edilmedikçe, kanunilik şartını sağlayacağını” belirtmiştir. Mahkeme’ye göre, yapılan düzenlemenin amacı sosyal güvenlik sistemindeki aktüeryal dengenin sağlanmasıdır. Ayrıca Mahkeme, mevzuat değişikliği nedeniyle başvuruçunun emekli maaşından tamamen yoksun bırakılmadığını ifade etmiştir. Başvuruçunun haklı beklenti talebine konu olan eksik ödemelere ilişkin olarak ise, haklı beklentisi ve mülkiyet hakkının ihlal edilmediğine, şu gerekçeyle karar vermiştir: “(...) zorlayıcı nitelikte kamu yararı amacına dayanan düzenlemenin, başvuruçuyu ağır ve tahammül edilemez bir yük altına sokmadığı, müdahalenin amacı ile başvuruçuya yüklenen külfetin orantılı olduğu sonucuna varılmıştır.”

Öte yandan Anayasa Mahkemesi, anılan uyuşmazlıkta adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir. Nitekim Mahkeme’ye göre, “*Her ne kadar kanun koyucunun, mevcut davaya etkili kanun çıkararak görülmekte olan davaya müdahale etmesinde zorlayıcı bir kamu yararı olduğu kanaatine ulaşılmışsa da yasamanın müdahalesinin taraflar arasında yargılama başladıktan sonra gerçekleştiği ve davanın esasına ilişkin sonucu belirlediği, müdahale sonucunda başvuruçunun davayı kazanmasının imkânsız hale geldiği, oysa dava açıldığı zaman yerleşik içtihat çerçevesinde başvuruçunun davayı kazanmasının kuvvetle muhtemel olduğu, bu çerçevede öngörülebilir olmayan müdahalenin meşru kabul edilemeyeceği, müdahale sonucunda davalı Vakfın, başvuruçuya nazaran önemli ölçüde avantajlı hale geldiği, bu şekilde yararlar dengesinin kendisine katlanılması zor külfetler yüklenen başvuruçuyu aleyhine bozulduğu ve bu durumun silahların eşitliği hakkına yönelik orantısız bir müdahale oluşturduğu açıktır.”*

SONUÇ

Haklı beklentilerin korunması, çözümü oldukça zor bir meseledir. Zira haklı beklenti, kişinin gelecekte elde etmeyi umduğu bir yarar üzerine kuruludur. Burada hakkı doğuran olay, eski kanun zamanında ortaya çıkmış ancak, tüm sonuçlarını henüz doğurmamıştır. Dolayısıyla, yeni yürürlüğe giren kanunun hükümleri, kişinin hukuki durumuna derhal etki edecek ve kişilerin gelecekteki menfaatlerini etkileyecektir. Bu meselenin, sonuçları itibariyle ciddi sorunlar doğurabileceği alanlardan biri ise, sosyal güvenlik hukukundan doğan menfaatlerdir.

Sosyal sigorta ilişkisi süregelen bir nitelik taşıdığı için, bu ilişkiye ilişkin

mevzuatta yapılacak her tür değişiklik, sigortalının geleceğe dönük planlarını/ umutlarını etkileyecektir. Ancak, tüm sonuçlarıyla ortaya çıkan / tamamlanan bir hukuki durum olmadığı için de, sigortalıların değişen yasal düzenlemeler karşısında kazanılmış hak iddia etmesi mümkün değildir. Zira kişilerin sosyal sigorta ilişkisinde bir statüye girmiş olmaları, bu durumun değişmeksizin uzun yıllar aynı şekilde devam edeceğine dair bir hak bahşetmemektedir. Sosyal güvenlik hukukunda yapılacak neredeyse her değişiklik, sigortalıların gelecekte elde etmeyi ümit ettikleri menfaatleri etkileyecektir.

Bu noktada ise, sigortalıların mevcut hukuki durumun süreceğine ve gelecekte kazanmayı ümit ettikleri menfaati elde etmeye duydukları güven ile devletin mevzuatını geliştirme ve yeni ortaya çıkan sorunlara mevzuatını uyarılama yetkisi arasında bir çatışma ortaya çıkmaktadır. Ancak sigortalıların belli bir düzeye ulaşmamış sıradan beklentileri / salt umutları, değişen mevzuat karşısında korunmaz. Dolayısıyla, ancak “haklı beklenti” düzeyine ulaşan bir güven, hukuken korunacaktır.

Bu bağlamda, sigortalı, sigorta edimini elde etmeye ne kadar yaklaşmışsa, hak sahibi olacağı yönündeki güveni de o ölçüde dikkate alınmalıdır. Kişilerin beklenen hakları üzerinde yapılacak değişiklikler erteleyici mahiyette olmalı, mutlaka hukuki güvenliği tesis edecek geçiş hükümleriyle yapılmalıdır. Bununla birlikte haklı beklentilerin korunmasında gözden kaçırılmaması gereken husus, bireyin menfaati ile kamu yararı arasında yapılacak tartımdır. Eğer baskın bir kamu yararı söz konusuyla, kişilerin haklı beklentileri korunmamaktadır. Devletin kamu yararı gerekleri nedeniyle mevzuatını değiştirme ihtiyacı ile kişilerin mevcut durumun devam edeceğine duydukları güvenin karşılaştırılması, sorunun çözümü açısından kilit noktayı oluşturmaktadır.

KAYNAKÇA

- Ahmet F / Perry A, “The Coherence of the Doctrine of Legitimate Expectations”, *Cambridge Law Journal*, 73 (1), 2014, <https://www.cambridge.org/core/journals/cambridge-law-journal/article/abs/coherence-of-the-doctrine-of-legitimate-expectations/D38EBDCA9BCA1E2DE00D0213D235A00B>>, Erişim Tarihi 7 Aralık 2023, s. 61-85.
- Akıllıoğlu T, “Kamu Yararı Kavramı Üzerine Düşünceler”, *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, 9 (1-3), 1988, s. 11-22. (Kamu Yararı)
- Akıllıoğlu T, “Yasaların (Anayasa Dahil) Zaman İçinde Uygulanması”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, 1, 1984, s. 279-291. (Zaman İçinde Uygulanması)
- Akyılmaz B / Sezginer M / Kaya C, *Türk İdare Hukuku*, 17. Bası, Seçkin Yayınevi 2023.
- Altındağ H, *Yürürlükte Olan Yasalara ve İdari Düzenleyici İşlemlere Güvenden Kaynaklanan Haklı Beklenti Kavramı ve Korunması*, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2010.
- Arıcı K, “4447 Sayılı Kanunla Sosyal Sigortalar Kanunu’nda Yapılan Değişiklikler”, *Kamu-İş Dergisi*, 5, 2000, s. 18-27.
- Arıcı K, *Türk Sosyal Güvenlik Hukuku*, 2. Bası, Gazi Kitabevi 2022.
- Ayanoğlu T, “Kanunlar ve İdari İşlemler Bakımından Geriye Yürümezlik İlkesi”, *Legal Hukuk Dergisi*, 10 (112), 2012, s. 85-126.
- Aydın U, “Sosyal Sigortaların Genel Hükümleri ve Türleri”, *Yargıtay ve Bölge Adliye Mahkemeleri’nin İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2019-2020*, On İki Levha Yayınları 2022, s. 533-647.
- Barın N.E, “Türk Sosyal Güvenlik Hukuku’nda Sigortalı Lehine Yorum İlkesi”, *International Conference On Eurasian Economies*, 2016, <<https://www.avekon.org/papers/1754.pdf>>, Erişim Tarihi 30 Aralık 2023, s. 236-241.
- Başterzi S, *Çalışmanın Kesintiye Uğramasının Sosyal Sigorta İlişisine Etkisi*,

72 Tasarım Ltd.Şti 2007.

Baysal B, “Kanunların Zaman Açısından Yürürlüğü ile İlgili Teoriler”, Rona Ahmet Serozan (Ed.), *Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan*, Seçkin Yayınevi 2004, s. 475-504.

Boz S. S, *İdare Hukukunda Haklı Beklentinin Korunması*, Seçkin Yayınevi 2017.

Bundesministerium der Justiz, *Bekanntmachung des Handbuchs der Rechtsförmlichkeit*, Bundesanzeiger, Jahrgang 60, Ausgegeben am Mittwoch dem 22. October 2008, Nummer 160a, <https://www.bmj.de/SharedDocs/Publikationen/DE/Fachpublikationen/Handbuch_der_Rechtsfoermlichkeit.pdf?__blob=publicationFile&v=4>, Erişim Tarihi 28 Aralık 2023.

Clayton R, “Legitimate Expectations, Policy and The Principle of Consistency”, *Cambridge Law Journal*, 62 (1), 2003, <<https://www.jstor.org/stable/4508971>>, Erişim Tarihi 7 Aralık 2023, s. 93-105.

Cousins M, “Legitimate Expectation and Social Security Law Under the European Convention of Human Rights”, *European Journal of Social Security*, 23 (1), 2021, <journals.sagepub.com/home/ejs>, Erişim Tarihi 2 Ocak 2024, s. 24-43.

Craig P. P, “Substantive Legitimate Expectations in Domestic and Community Law”, *The Cambridge Law Journal*, 55 (2), 1996, <<https://www.jstor.org/stable/4508212>>, Erişim Tarihi 10 Aralık 2023, s. 289-312.

Çopuroğlu Ç, “7438 Sayılı Kanun’un (EYT) Anayasa’ya Aykırılığı”, *Sicil İş Hukuku Dergisi*, 50, 2023, s. 116-126.

Dalkılıç E. E, “Pandemi Sürecinde İdari İstikrar ve Meşru Beklentilerin Korunması”, *Türkiye’de ve Dünyada Hukuk Devletinde Aşınma Hukukun Araçsallaştırılması - Belirsizleştirilmesi, Kamu Hukukçuları Platformu, 12-13 Kasım 2021*, <<https://www.kamuhukukculari.org/?sayfa=toplantibildiriler&id=13&no=2>>, Erişim Tarihi 16 Aralık 2023, s. 1-16.

Deinert O, *Beck-Online.GrossKommentar*, C.H.Beck, 2017.

- Edis S, *Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri*, 4. Bası, Ankara Üniversitesi Basımevi 1993.
- Ekmekçi Ö / Gemalmaz H.B / Aslan V / Yılmaz H.H, *Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvurunun Temel Esasları ve İş ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Kararlar*, On İki Levha Yayınları 2022.
- Erguvan D. D, “Türk İdare Hukuku’nda Haklı Beklentilerin Korunması İlkesi”, *D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Durmuş TEZCAN’a Armağan*, 21 (Özel Sayı), 2019, s. 1711-1765.
- Ertan E, “Karar İncelemesi: Yaşlılık Aylığı Bağlanması İstemi, Yazılı Başvuru Koşulu ve Sigortalı Lehine Yorum İlkesi”, *Çalışma ve Toplum Dergisi*, 4 (19), 2008, s. 239-251.
- Ergin, H, “5510 Sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Yasası’nın Geçici Hükümlerine İlişkin Bir İnceleme”, *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, 4 (13), 2007, s. 221-281.
- Eşen M, *Bireysel Başvuruda Mülkiyet Hakkı Çerçevesinde Sosyal Güvenlik Hakkı*, Adalet Yayınevi 2023.
- Forsyth C, “Legitimate Expectations Revisited”, *Judicial Review*, 16 (4), < <https://doi.org/10.5235/108546811799320754>>, Erişim Tarihi 3 Aralık 2023, s. 429-439.
- Forsyth C. F, “The Provenance and Protection of Legitimate Expectations”, *The Cambridge Law Journal*, 47 (2), 1988, <<https://www.jstor.org/stable/4507165>>, Erişim Tarihi 3 Aralık 2023 s. 238-260. (Provenance and Protection)
- Gemalmaz H.B (çev.), *Malvarlığının/Mülkiyetin Korunması - Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 1 Numaralı Protokolü’nün 1. Maddesi Rehberi*, Avrupa Konseyi, 2019, <https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/Guide_Art_1_Protocol_1_TUR>, Erişim Tarihi 3 Ocak 2024. (Rehber)
- Gemalmaz H.B, “Kişilerin Sosyal Güvenlik Hukukundaki Statülerinin Mülkiyet Hakkı Kapsamında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesince Korunması”, *İş Dünyası ve Hukuk - Prof. Dr. Tankut Centel’e Armağan*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi No: 720, İstanbul, 2011, s. 704-736. (Sosyal Güvenlik Hukukundaki Statüler)
- Gemalmaz H.B, *Mülkiyet Hakkı - Anayasa Mahkemesine Bireysel*

Başvuru El Kitapları Serisi-6, Avrupa Konseyi, 2018, <https://www.anayasa.gov.tr/media/3548/06_mulkiyet_hakki.pdf>, Erişim Tarihi 2 Ocak 2024. (Mülkiyet Hakkı)

Geppert M / Schütz R, *Beck'scher Kommentar zum TKG*, 5. Baskı, C.H.Beck 2023.

Gözler K / Kaplan G, *İdare Hukuku Dersleri*, 25. Baskı, Ekin Kitabevi Yayınları 2023.

Güzel A / Okur A.R / Caniklioğlu N, *Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri*, Yenilenmiş 19. Bası 2021.

Güzel A, “Sosyal Sigortaların Genel Hükümleri ve Türleri”, *Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2008*, Türk-İş Yayınları 2010, s. 295-377.

Kaya C, *Kararlarından Hareketle Kamu Yararı Kavramına Danıştay’ın Bakışı*, On İki Levha Yayınları 2011.

Knight D. R, *Estoppel (Principles?) In Public Law: The Substantive Protection of Legitimate Expectations*, University Of British Columbia 2004, <<https://open.library.ubc.ca/soa/cIRcle/collections/ubctheses/831/items/1.0077628>>, Erişim Tarihi 18 Aralık 2023.

Letelier J.P, “The Normative Foundations Of Retroactivity And Legitimate Expectation In The UK Administrative Law”, *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, 7, 2023, <<https://www.revistasmarcialpons.es/revistaderechopublico/article/view/retroactivity-and-legitimate-expectation-in-the-uk-administrativ/1793>>, Erişim Tarihi 28 Aralık 2023, s. 83-109.

Maunz T / Herzog R / Dürig G / Scholz R / Grzeszick B, *Grundgesetz (Kommentar)*, 101. Baskı, C.H.Beck 2023.

Mickonyte A, “The Right to (Acquire?) Property: Social Security Rights Before The ECtHR”, *Graz Law Working Paper Series*, Working Paper No09-2020, <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3751582>, Erişim Tarihi 3 Ocak 2024, s. 1-20.

Oğurlu Y, *İdare Hukukunda Kazanılmış Haklara Saygı ve Haklı Beklentiler Sorunu*, Seçkin Yayınevi 2003.

- Otis L / Boulanger-Bonnely J, “The Protection of Legitimate Expectations In Global Administrative Law”, George P. Politakis, Tomi Kohiyama, Thomas Lieby (Ed.), *ILO100 – Law for Social Justice*, International Labour Organization, 2019, <https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/--jur/documents/publication/wcms_732217.pdf>, Erişim Tarihi 3 Aralık 2023, s. 395-437.
- Örücü E, “Haklı Beklentilerin Doğuşu ve Korunması”, *İdare Hukuku ve İlimler Dergisi*, 7 (1-3), 1986, s. 121-139.
- Özekes M, “Özel Hukuk-Kamu Hukuku ve Yargılama Hukuku Bakımından Kanunların Zaman İtibariyle Uygulanması”, Sabih Arkan (Ed.), *Prof. Dr. Fırat Öztan’a Armağan II. Cilt*, Turhan Yayınevi 2010, s. 2859-2876.
- Özkaraca E, “Doğum Borçlanması -Karar İncelemesi-“ *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, 7 (26), 2010, s. 501-525.
- Öztürk B, *Türk Sosyal Güvenlik Hukukunda Primler*, Turhan Kitabevi 2016.
- Raz J, *The Authority of Law: Essays On Law and Morality*, 1. Baskı, Oxford University Press, 1979, <http://ndl.ethernet.edu.et/bitstream/123456789/77486/1/17.pdf>>, Erişim Tarihi 28 Aralık 2023.
- Schonberg Soren J., *Legitimate Expectations In Administrative Law*, Oxford University Press 2000.
- Serozan R, *Medeni Hukuk Genel Bölüm / Kişiler Hukuku*, 8. Baskı, Vedat Kitapçılık 2018.
- Sever D. Ç, *Danıştay Kararları Işığında İdare Hukukunda Kazanılmış Haklar*, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku (İdare Hukuku) Anabilim Dalı Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2006.
- Sözer A. N, “Sosyal Sigortalarda Kazanılmış Hakların Korunması Üzerine Bir İnceleme (Süper Emeklilikte Son Durum)”, *Çimento İşveren Dergisi*, 3 (6), 1989, <<http://mail.ceis.org.tr/dergi.php?did=128>>, Erişim Tarihi 16 Aralık 2023, s. 3-29. (Kazanılmış Hakların Korunması)
- Sözer A. N, “Kanunların Önceye Etki Yasağı: Sosyal Sigortalar Hukuku Bakımından Bir Değerlendirme”, *Yaşar Üniversitesi E-Dergisi*, 8 (Özel

- Sayı), 2013, 2477-2534. (Önceye Etki Yasağı)
- Sözer A. N, *Sosyal Sigorta İlişkisi*, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları, İzmir 1991.
- Tan T, *İdari İşlemin Geri Alınması*, Sevinç Matbaası 1970.
- Taşpınar Ayvaz S, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun (HMK) Zaman Bakımından Uygulanması*, Yetkin Yayınları 2013.
- Thomas R, *Legitimate Expectations and Proportionality in Administrative Law*, Hart Publishing 2000.
- Tuncay C / Ekmekçi Ö / Gülver E, *Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri*, Yenilenmiş 22. Bası, Beta Yayınları 2023.
- Tuncay C, “Doğum Borçlanması -Karar İncelemesi-” *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, 7 (27), 2010, s. 1015-1025.
- Ulusoy A.D, *Türk İdare Hukuku*, Gözden Geçirilmiş 6. Baskı, Yetkin Yayınları 2023.
- Uşan F, “5510 Sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun Yürürlük ve Uygulama Başlangıcına İlişkin Tespitler”, *Sicil İş Hukuku Dergisi*, 14, 2009, s. 239-248.
- Yılmaz H, *Türk İdare Hukukunda İdari İstikrar İlkesi*, On İki Levha Yayınları 2019.
- Yılmaz S, “Yeni ‘Lisansüstü Eğitim ve Öğretim Yönetmeliği’nin Öngördüğü Sistem ve Geçiş Esasları -Mevcut Lisansüstü Öğrenciler Yükseköğretim Kurulu’nun Yeni Yönetmeliği’ne Tabi mi?-”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 65 (2) 2016, <<https://dergipark.org.tr/tr/pub/auhfd/issue/42375/510305>>, Erişim Tarihi 16 Aralık 2023, s. 473-569.

Hukuk Fakültesi Dergisi
Ankara Hacı Bayram Veli University
Faculty of Law Review

ISSN: 2651-4141 e-ISSN: 2667-4068
Cilt/Volume XXVIII Temmuz/July 2024 Sayı/No. 3

ALMAN MEDENİ KANUNU'NUN 126b PARAGRAFI ÇERÇEVESİNDE
METİN ŞEKLİ

TEXTFORM UNDER PARAGRAPH 126b OF THE GERMAN CIVIL CODE

Burcu YAĞCIOĞLU*  

ÖZET

Değişen ve gelişen teknoloji sebebiyle, hukuki işlemlerin gerek kurulmasında gerek hüküm ve sonuçlarını doğurmasında, alışılmışın dışında bir şekil türünün kullanılmasının yaygınlaştığı gözlemlenmiştir. Hukukumuzda, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ve bazı yönetmeliklerde, sadece “kalıcı veri saklayıcısı” kavramı ile hukuki bir zemine oturtulan bu şekil türünün hem doktrin hem de kanuni düzenleme boyutu eksiktir. Bu eksikliği gidermek amacıyla çalışmada, Alman ve İsviçre Hukuku kapsamında bir inceleme yapılmıştır. Bu incelemede, bir hukuki ilişkide tarafların beyanlarını kalıcı bir veri saklayıcısı aracılığıyla iletmelerini düzenlemiş olan Alman Medeni Kanunu § 126b ve İsviçre 2020 Borçlar Kanunu Tasarısı m.25 üzerinde durmaya değer hükümlerdir. Metin şekline ilişkin BGB § 126b hükmü, genel ve yürürlükteki bir hüküm olması sebebiyle çalışmamızın esasını teşkil edecektir. İsviçre Hukuku'ndaki düzenleme her ne kadar tasarı niteliğinde kalsa da doktrinin metin şekli kavramını benimsemesi, bazı düzenlemelerde bu şekil türüne yer verilmesi sebepleriyle İsviçre Hukuku da dikkate alınacaktır. Bu çalışma, hukukumuzda eksik olan “metin şekli” kavramını doktrine kazandırmak ve olası bir kanun çalışmasına ışık tutmak amacıyla hazırlanmıştır. Bu kapsamda, özellikle Alman Hukuku bakımından

* Dr. Öğr. Üyesi, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı/ İZMİR, E-posta: burcu.kanatlarli@deu.edu.tr, ORCID: 0000-0002-8794-6901, DOI: 10.34246/ahbvuhfd.1447893.

- Atıf Şekli/ **Cite As:** Yağcıoğlu B, “Alman Medeni Kanunu'nun 126b Paragrafı Çerçevesinde Metin Şekli”, *AHBVÜ Hukuk Fakültesi Dergisi*, 28(3), 2024, s.125-156.
- İntihal / **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.*



bir şekil türü olarak kabul edilen metin şeklinin geçerlilik koşullarının belirlenmesi ve böylelikle diğer şekil türlerinden farklılıklarının ortaya konulmasıyla gerek tarafların menfaatine gerek hukuki ilişkilerde bundan kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümüne de katkı sağlanmış olacaktır.

Anahtar Kelimeler: Şekil, Metin Şekli, Kalıcı Veri Saklayıcısı, Geçerlilik Şekli, İspat.

ABSTRACT

Due to changing and developing technology, it has been observed that the use of an unusual form type has become widespread both in concluding and in being effective of legal transactions. In our law, this form type whose legal basis is only 'durable medium' notion which has been settled by the consumer protection law and at some regulations is lacking in terms of both doctrine and legal basis. In order to remove this lack, an examination has been made within the German and Swiss Law in this study. In this study, § 126b of the German Civil Code (BGB) and art.25 of the Swiss Draft Code of Obligations 2020 (OR 2020) regulating the transmission of the the parties' declarations by durable medium in legal relationships are provisions that should be emphasized. The provision of BGB § 126b regarding textform shall underlie this study as it is a general provision that is being in force. Although art.25 of Swiss Draft Code of Obligations 2020 has not become a law, Swiss Law shall also be considered because doctrine has interiorized the textform notion and this form type has been settled by some special provisions. This study has been prepared to coin the textform notion that is lack in our law into the doctrine and to put a spotlight on working about probable law. In this context, by determining the validity conditions of the textform, which is accepted as a form type especially in German Law and by indicating its differences from other form types, it shall contribute to the interests of the parties and to the resolution of disputes.

Keywords: Form, Textform, Durable Medium, The Form for Validity, Evidence.

EXTENDED ABSTRACT

Due to changing and developing technology, it has been observed that the use of an unusual form type has become widespread both in concluding and in being effective of legal transactions. In our law, this form type whose legal basis is only 'durable medium' notion which has been settled by the consumer protection law and at some regulations is lacking in terms of both doctrine and legal basis.

As a result of the research in the German and Swiss Law, it has been observed that the textform has been settled as a form type in § 126b of the German Civil Code (BGB). Art.25 of the Swiss Draft Code of Obligations 2020 (OR 2020) has also regulated the textform by being inspired from the regulation in German Law. Although art.25 of Swiss Draft Code of Obligations 2020 has not become a law, in Swiss law, doctrine has interiorized the textform notion and this form type has been settled by some special provisions. In aforesaid general provisions, the elements of this form type have been

clearly stated. For this reason, the provisions and sources in both German and Swiss law have been taken into consideration in this study. The purpose of the provision in BGB § 126b on the textform varies by the type of declaration of intent. In practice, this form type is usually used for information and documentation purposes; is also rarely used for satisfaction the validity of a legal transaction. The warning, control and especially proof functions of the form are more apparent in textform for satisfaction the validity of a legal transaction than in textform for information and documentation. The textform does not substitute for the other forms (ordinary-qualified written form, official form), but the other forms substitute for the textform. The requirements for the text form are these: There should be a legible text; the text should be found in a durable medium; the text should be written by addressing oneself to addressee; the name of the declarant should be found in the text or discoverable from the durable medium; the completion of the text should be understandable by the addressee; the text should be transmitted to the addressee through the durable medium. The reading and understanding by the addressee without effort are required for a legible text. The used typefont and language in the text are important in this respect. The durable medium can be both an electronic instrument or medium and a paper. The existence of recordability, storability and reproducibility in electronic instruments/medium which are durable medium should be evaluated especially. Even if the name of the declarant is not found in the text or in the durable medium, it is sufficient if this can be understood within the framework of the legal relationship between the parties. It is important that the text is binding and complete for the completion of the text should be understandable by the addressee. For this, a supplementary statement should be added at the end of the text. In addition to the stated elements listed for the textform, it is also necessary that the text should be transmitted to the addressee through the durable medium.

The textform notion has not been explicitly used in our law. But the durable medium notion has been settled by the consumer protection law and at some regulations. The existence of the durable medium notion may be regarded as the textform's legal basis. But as for us, the textform should be found as a notion in our law and settled as a general provision as in German law. However, it is important to fill this gap and to create awareness in the doctrine because the textform has not been found as a notion in our law and has not been settled as a general provision in our legislation.

In this context, the validity conditions of this form type have been determined and this form type has been demarcated in order to reveal its differences from other types of forms. Thus, this study shall contribute to interests of the parties and to the resolution of disputes arising from legal relations. It is also expected that this study shall put a spotlight on working about probable law because an examination has been made within the scope of German and Swiss Law in this study.

GİRİŞ

Her irade, dış dünyaya belli bir şekilde aktarılır. İrade sahibi, iradesini dış dünyaya aktarıırken kural olarak şekil serbestisine sahiptir. Ancak kanunkoyucu, bazı irade açıklamaları bakımından belli bir şekil zorunluluğunu benimsemiş olabilir. Bu noktada, o irade açıklamasının veya vücut bulduğu hukuki işlemin şekle tabi olmasından söz edilir. Şekil zorunluluğunun getirilmesindeki amaç, tarafların, üçüncü kişilerin ve kamunun menfaatlerini korumaktır. Şöyle ki şekil; irade açıklamasının açıklanmasından ve hukuki işlemin yapılmasından önce, beyan sahiplerini düşünmeye sevk ederek tedbirli ve dikkatli davranmalarını sağlar; iradenin açıklanmasından sonraysa, irade açıklamasına kesinlik ve açıklık kazandırır; açıklamanın yorumunu kolaylaştırır, ispat açısından da kolaylık getirir ve güven tesis eder. İşlemin gecikmesi, zaman kaybına ve ekonomik zorluklara neden olması, uyulmaması halinde geçersizlik yaptırımıyla karşılaşılma riskleri ise şeklin sakıncalardan bazılarıdır. Faydaları göz önünde bulundurulduğunda, özellikle taraflar için oldukça önem taşıyan malvarlığı değerleriyle ilgili bazı hukuki işlemler ve irade açıklamaları bakımından, bunların geçerli sayılması için şeklin aranması kaçınılmazdır.

Hukukumuzda geçerlilik unsuru olarak kabul edilen klasik şekil türleri doktrinde genellikle, adi yazılı şekil, nitelikli yazılı şekil, resmi şekil, tescil ve ilan şeklinde başlıklandırılmaktadır¹. Doktrindeki bu sınıflandırmanın nedeni kanuni düzenlemelerde yer verilmiş olan şekil zorunluluğuna ilişkin hükümlerin varlığıdır. Ancak günümüzde, modern iletişim araçlarının veya ortamlarının hızla yayılması nedeniyle, klasik şekil türlerinin dışında yeni bir şekil türüne daha ihtiyaç bulunduğu, bu doğrultuda kanunkoyucunun yeni düzenlemeleri kabul ettiği gözlemlenmektedir. Özellikle tüketici hukuku alanında, Tüketicinin

¹ Bkz. Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 25. Baskı, Yetkin Yayınevi, 2020, s. 307 vd.; Kemal Oğuzman/Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Cilt I, 16. Bası, Vedat Kitapçılık, 2018, s. 140 vd.; Ahmet M. Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 21. Baskı, Turhan Kitabevi, 2017, s. 153 vd.; Haluk N. Nomer, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 18. Bası, Beta Yayınevi, 2021, s. 125 vd.; Hüseyin Hatemi/Emre Gökyayla, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, 5. Bası, Filiz Kitabevi, 2021, s. 52 vd.; Erol Cansel/Çağlar Özel, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Cilt 1, 2. Bası, Seçkin Yayınevi, 2017, s. 199 vd.; O. Gökhan Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Cilt I, Legal Yayıncılık, 2015, s. 454 vd.; Mustafa Alper Gümüş, *Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri*, Yetkin Yayınevi, 2021, s. 271 vd.; Pierre Tercier/Pascal Pichonnaz/H. Murat Develioğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 2. Baskı, Oniki Levha Yayıncılık, 2020, s. 238 vd.; Bilgehan Çetiner/Andreas Furrer/Markus Müller Chen, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Oniki Levha Yayıncılık, 2021, s. 151 vd.; A. Barış Özbilen, *Sözleşmelerin Şekli ve Şekil Yönünden Hükümsüzlüğü*, Oniki Levha Yayıncılık, 2016, s. 53 vd.

Korunması Hakkında Kanun'da (TKHK) ve bu kanuna bağlı olarak çıkarılan bazı yönetmeliklerde, tüketiciye yapılacak bilgilendirmelerde (TKHK m.4/I); bildirimlerde (TKHK m.52/IV); taahhütlerde (TKHK m.57/IV) belirli bir şekle uyma zorunluluğu getirilmektedir. Örnek olarak gösterilen hükümlerde, bilgilendirmenin, bildirimlerin, taahhütlerin kalıcı veri saklayıcısı aracılığıyla iletilmesinden söz edilmiştir. Buna göre sözü edilen irade açıklamaları için sözlü olarak açıklama yeterli görülmemiştir. Burada aranan gerekliliğin, klasik şekil kategorilerine hiç uymadığı, yeni bir şekil türü olarak kabul edilmesi gerektiği açıktır. TKHK m.3/bent f'de kalıcı veri saklayıcısı; "*tüketicinin gönderdiği veya kendisine gönderilen bilgiyi, bu bilginin amacına uygun olarak makul bir süre incelemesine elverecek şekilde kaydedilmesini ve değiştirilmeden kopyalanmasını sağlayan ve bu bilgiye aynen ulaştırılmasına imkân veren kısa mesaj, elektronik posta, internet, disk, CD, DVD, hafıza kartı ve benzeri her türlü araç veya ortam*" olarak tanımlanmıştır. İlgili düzenlemelerde, "*yazılı olarak veya kalıcı veri saklayıcısı aracılığıyla*" ifadesinin de göz önünde bulundurulmasıyla buradaki şeklin, yazılı şekil dışında başka bir şekil olduğu da anlaşılmaktadır. Dikkat edilirse yer verilen düzenlemede, bu yeni şekil kuralıyla ilgili herhangi bir hukuki nitelendirme yapılmış değildir.

Bu yeni şekil türü, İsviçre ve Alman Hukuku'nda, "textform (metin şekli)" terminolojisiyle anılmaktadır.

Alman Hukuku'nda, Alman Medeni Kanunu'nun (BGB) genel hükümlerinde şekil türleri, yazılı şekil, elektronik şekil, metin şekli, resmi senet, noter senedi şeklinde sınıflandırılmıştır. Metin şekli (textform) BGB § 126b'nin birinci cümlesine göre, "*kanunla öngörülmüş bir metin şekli (textform) varsa, beyanda bulunan kişinin adının yer aldığı okunaklı bir açıklama, kalıcı veri saklayıcısında yapılmış olmalıdır*". Bu hükümde dikkati çeken husus, bu şekil türünde, el yazısıyla atılmış imzanın ya da güvenli elektronik imzanın bulunmasının gerekmemesidir. Ancak sözü edilen açıklama, belli özelliklere sahip olmalı ve bu açıklama kalıcı veri saklayıcısı (*dauerhaften Datenträger*) aracılığıyla iletilmelidir. Bu şekil türü, BGB'ye, 13.7.2001 tarihli "Özel Hukukun Şekil Kurallarının ve Diğer Düzenlemelerin Modern Hukuki İşlemlerle Uyumlaştırılmasına İlişkin Kanun"un (*Gesetz zur Anpassung der Formvorschriften des Privatrechts und anderer Vorschriften an den modernen Rechtsgeschäftsverkehr*) 1.8.2001 tarihinde yürürlüğe girmesiyle dahil olmuştur. Ancak, Alman Hukuku'nda BGB'deki metin şekli düzenlemesinden önce de Alman Tüketici Kredisi Kanunu (*Verbrauchercreditgesetz*) § 4'te olduğu gibi, metin şekline benzer düzenlemeler yer almaktaydı. Sözü edilen

düzenlemede, irade açıklamasının otomatik bir araç yardımıyla yapılabileceği; yine yazılı bir metnin gerekli olacağı ancak el yazısıyla atılmış bir imzanın bulunmasına gerek olmadığı belirtilmektedir. Bu düzenlemeler dağınık halde bulunduğundan, Alman kanunkoyucusu, diğer şekil türlerinde olduğu gibi konuyu genel bir düzenleme getirme yönünde bir tercihte bulunmuştur.

Metin şeklini düzenleyen BGB § 126b'de, 13 Haziran 2014 tarihinde, 20.09.2013 tarihli "Tüketici Hakları Direktiflerinin İç Hukuka Aktarılmasına ve Emlak Komisyonculuğunun Düzenlenmesine Dair Kanunda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun (*Gesetz zur Umsetzung der Verbraucherrechtlinie und zur Änderung des Gesetzes zur Regelung der Wohnungsvermittlung*)" ile değişiklik yapılmıştır². Bu değişiklikte, AB Direktifi ile terminolojik olarak uyumlu hale getirilmek amacıyla, muhataba kişisel olarak yöneltilmiş bir beyanın "kalıcı veri saklayıcısında" yer verilmesinden söz edilmiş ve ilgili direktifle uyumlu bir kalıcı veri saklayıcısı tanımı yapılmıştır.

İsviçre Hukuku'nda, İsviçre Borçlar Kanunu'nun (OR) genel hükümlerinde, adi, nitelikli, resmi yazılı şekil şeklinde üçlü bir ayırım bulunmaktadır. Alman Hukuku'nda olduğu gibi, bir şekil türü olarak metin şekline ilişkin genel bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak bazı özel kanunlarda bu şekil türüne yer verildiği görülmektedir. Örneğin İsviçre Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun (*Schweizerische Zivilprozessordnung, ZPO*) 17'nci maddesinin ikinci fıkrasında, yetki anlaşmasının; 358'inci maddesinin birinci fıkrasında, tahkim anlaşmasının yazılı olarak ya da metinle (*durch text*) kanıtlanabilecek başka bir şekilde yapılabileceği belirtilmiştir. Benzer düzenlemeye, İsviçre Uluslararası Özel Hukuka İlişkin Federal Kanun'un (*Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht, IPRG*) 5'inci ve 178'inci maddelerinin birinci fıkralarında da rastlanmaktadır. Yargı yetkisine ve tahkime ilişkin anlaşmaların dışında, bazı tüketici sözleşmeleri bakımından da bu şeklin uygulama alanı bulunduğu görülmektedir. Hatta OR'de, kapıdan satış ve benzeri sözleşmelerin iptali hakkındaki hükümler arasında, sağlayıcının yönlendirme yükümlülüğüyle ilgili maddede (OR Art.40d/I), sağlayıcının, yazılı olarak veya metinle kanıtlamaya olanak tanıyan başka herhangi bir

² Değişikliğin gerekçesi, "Tüketici Haklarına İlişkin 93/13 sayılı Konsey Direktifi ile 1999/44 sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Direktifini tadil eden ve 85/577 sayılı Konsey Direktifi ile 97/7 sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Direktifini ilga eden 25.10.2011 tarihli Avrupa Parlamentosu ve Konseyi'nin 2011/83 Sayılı Direktifi'nin getirmiş olduğu iç hukuku uyumlaştırma gerekliliğidir.

biçimde, cayma hakkının varlığı, caymanın ne şekilde ve hangi süre içinde yöneltilebileceği bilgilerine müşterinin dikkatini çekmek zorunda olduğu ifade edilmiştir. Kanundaki bu özel durumların haricinde, İsviçre Hukuk doktrininde de textform (metin şekli) kavramına bir şekil türü olarak yer verildiği görülmektedir. İsviçre 2020 Borçlar Kanunu Tasarısı'nın (OR 2020) 25'inci maddesinde de genel hükümler arasında, metin şekli, bir şekil türü olarak düzenlenmiştir. OR 2020'nin 25'inci maddesi şu şekildedir: “*Kanun metin şeklini öngörmüşse, beyanın kalıcı olarak kanıtlanmasını sağlayan herhangi bir yazılı ifade şekli yeterli olur.*” Ayrıca OR 2020'nin 154'üncü maddesinin ikinci fıkrasında alacağın metin şekli içinde ileri sürülmesiyle zamanaşımının kesilebileceği ve 171'inci maddesinin ikinci fıkrasında alacağının devrinin borçluya metin şekli içinde bildirilmesi gerektiği kurallarına yer verilmiştir.

Alman ve İsviçre Hukuku'ndaki gelişmeler, özellikle kanuni düzenlemeler göz önünde bulundurularak, hukukumuz bakımından da metin şekline ilişkin genel bir düzenleme yapılabileceği gibi, böyle bir düzenleme benimsenirse de en azından şekil türlerinin sınıflandırılması bakımından artık bu şekil türünün de hukukumuzda yer aldığı açıklıkla belirtilebilir. Hukukumuz bakımından, özel birtakım hükümlerle mevzuatta ve uygulamada yerini alan bu şekil türünün kavramsal olarak isimlendirilmesi ve nitelendirilmesi yanında, bu şeklin varlığından bahsedebilmek için hangi koşulların gerçekleşmiş olması gerektiğinin ve sınırların ne olduğunun ortaya konulması da gerekmektedir. Dolayısıyla bu çalışma hem bu gerekliliği yerine getirmek hem de metin şekli (textform) hakkında yapılacak genel bir kanuni düzenlemeye ışık tutmak amacıyla hazırlanmıştır. Metin şeklinin Alman Hukuku'nda, bir şekil türü olarak genel hükümler arasında düzenlenmiş olması, bu şekil türünün özellikle ilgili hüküm (BGB § 126b) kapsamında ele alınmasını gerektirmiştir. Ancak İsviçre Hukuku bakımından, özel bazı hükümlerde bu şekil türünün hükme bağlanmış olması ve doktrinde de bir şekil türü olarak metin şekli kavramına yer verilmiş olması, yeri geldikçe, İsviçre Hukuku bakımından da karşılaştırmalı bir incelemeyi gerektirmiştir. Bu çerçevede hazırlanan bu çalışmada, öncelikle BGB § 126b'deki metin şekline ilişkin hükmün amacı ve uygulama alanı incelenecek; daha sonra metin şeklinin koşulları açıklanacaktır.

I. METİN ŞEKLİNE İLİŞKİN HÜKMÜN SİSTEMATİK YERİ VE UYGULAMA ALANI

Metin şekli, Alman Medeni Kanunu'nun birinci kitabının, “Hukuki İşlemler” başlıklı üçüncü bölümünün, “İrade Açıklamaları” başlıklı ikinci ayrımında 126b paragrafında “*Kanunla öngörülmüş bir metin şekli (textform)*

varsa, beyanda bulunan kişinin adının yer aldığı okunaklı bir açıklama kalıcı veri saklayıcısında (*dauerhaften Datenträger*) yapılmalıdır. Kalıcı veri saklayıcısı, muhatabın kendisine şahsen yöneltilen bir beyanı, amacına uygun bir süre boyunca erişebileceği şekilde kalıcı veri taşıyıcısı üzerinde saklamasına veya kaydetmesine ve beyanı değiştirmeden çoğaltmasına olanak tanıyan herhangi bir araç veya ortamdır.” şeklinde düzenlenmiştir.

Metin şeklinin sistematik açıdan kanundaki yerinin isabetliliği, doktrinde tartışılan bir konudur. Doktrinde bir görüş, bu hükmün irade açıklamaları arasında olmasına şüpheyle yaklaşmaktadır³. Bu görüşe göre, taraflar metin şekli üzerinde bir anlaşma sağlamazlar; metin şekli, kanun gereği yerine getirilmesi gereken bir yükümlülüğün tabi olduğu bir şekildir, bu sebeple ne irade açıklamalarının ne de bu açıklamalar içinde sayılan hukuki işlem benzeri fiillerin konusunu oluşturur. Aksi görüş ise, hükmün sistematik yerini göz önünde bulundurarak, metin şeklinin hukuki işlemler ve dolayısıyla irade açıklamaları hakkındaki hükümler arasında yer alması sebebiyle, bu hükmün irade açıklamaları bakımından doğrudan uygulanabilir olacağını; gerektiğinde irade açıklamalarının bir türü olan hukuki işlem benzeri fiiller bakımından da geçerli olacağını ifade etmiştir⁴. Kanaatimizce hükmün hem kanundaki sistematik yeri hem de aşağıda değinilecek metin şekline ilişkin özel hükümler göz önünde bulundurulduğunda, metin şeklinin, hukuki işlem benzeri fiiller de dahil tüm irade açıklamaları için; özellikle de hukuki işlemler için doğrudan uygulanabileceğini kabul etmek gerekir. BGB § 126b'nin lafzı göz önünde bulundurulduğunda, metin şeklinin sadece tek tarafın irade beyanına hukuki sonuç bağlandığı yani tek taraflı hukuki işlemler bakımından söz konusu olabileceği, hatta özel hükümlerin de ağırlıklı olarak bu yönde olduğu algısı oluşsa da bu, genel bir kural olarak kabul edilemez. Gerçekten aşağıda değinileceği üzere, bazı özel düzenlemelerde metin şeklinin iki tarafın irade beyanının uyuşmasını aradığı sözleşme gibi hukuki işlemlerde de öngörülmüş olması, kanaatimizi destekler niteliktedir⁵. Örneğin, Limited Şirketler Hakkında Kanun'un [*Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter*

³ Dorothee Einsele, “BGB § 126b”, Franz Jürgen Säcker, Roland Rixecker, Hartmut Oetker, Bettina Limperg (Ed.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1*, 9. Auflage, C.H.Beck Verlag, 2021, kn. 9.

⁴ Gerald Spindler, “BGB § 126b”, Gerald Spindler, Fabian Schuster (Ed.), *Recht der elektronischen Medien Kommentar*, 4. Auflage, C.H.Beck Verlag, 2019, kn. 1.

⁵ Anja Binde, “Von der Schriftform zur Textform—Was ist bei Honorarvereinbarungen zu beachten?”, *Zeitschrift für deutsches und internationales Bau- und Vergaberecht*, (4), 2021, s. 333.

Haftung (GmbHG)] § 47/III hükmünde, şirketin temsilinde yetkilendirmenin metin şekline uygun olarak yapılması gerekliliği belirtilmiştir. Bundan başka Avukatların Ücretlerine İlişkin Kanun'un [*Gesetz über die Vergütung der Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte* (RVG)] § 3a/I, cümle 1 hükmünde ve 2021 tarihli Mimarlık ve Mühendislik Hizmetlerine İlişkin Ücretler Hakkında Yönetmelik'in [*Verordnung über die Honorare für Architekten- und Ingenieurleistungen* (*Honorarordnung für Architekten und Ingenieure-HOAI 2021*)] § 7/I hükmünde, avukatlık, mimarlık ve mühendislik alanlarındaki işgörmeye yönelik ücret anlaşmalarının metin şekline uygun olarak düzenlenmesi gerektiği belirtilmiştir. Sözü edilen ihtimallerde ilgili anlaşmanın meydana gelmesi için gerekli iki irade beyanının da BGB § 126b'de belirtilen kalıp içinde ileri sürülmüş olması gerekecektir.

Metin şekline ilişkin BGB § 126b hükmünün uygulanabilmesi için, kanunun açıkça o şekle uyulması gerekliliğini öngörmüş olması gerekir⁶.

Doktrinde, metin şeklinin arandığı açık bir emredici düzenleme olmasa da mesela kanunda sadece “yazılı” ifadesinin bulunduğu istisnai hallerde, normun amacı kapsamında metin şeklinin “yazılı şekil” yerini alabileceği ifade edilmiştir⁷. Aksi görüş ise, kanundaki “yazılı” ifadesinin “yazılı şekil” (BGB § 126 çerçevesinde) olarak anlaşılması gerektiğini, metin şeklinin yazılı şeklin yerine geçemeyeceğini, yazılı şekil gerekliliğinin kanunkoyucunun bilinçli bir tercihi olduğunu ileri sürmüştür⁸. Kanaatimizce, bazı hallerde kanunkoyucu açıkça metin şekli (textform) ifadesini kullanmamış olsa da ilgili hükmün amacı ve lafzı göz önünde tutularak bu şeklin yeterli olduğu sonucuna varılmalıdır. Nitekim İsviçre Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun 17'nci maddesinin ikinci fıkrasında, yetki anlaşmasına ilişkin olarak açıkça metin şeklinden söz edilmese de anlaşmanın yazılı olarak veya metinle (durch text) kanıtlamaya izin veren başka bir biçimde yapılması gerektiği ifade edilmiştir. Burada kastedilen şeklin metin şekli olduğu ve bu şeklin gerekliliklerine uymanın yeterli olacağı yorumu yerinde bir sonuç olacaktır⁹.

⁶ Reinhard Nissel, *Rechtsgeschäftsmodernisierungsgesetz, 2001, Einführung zum Gesetz zur Anpassung der Formvorschriften des Privatrechts und anderer Vorschriften an den modernen Rechtsgeschäftsverkehr*, 4.2; Ulrich Preis, “BGB § 127”, Rudi Müller Glöge, Ulrich Preis, Ingrid Schmidt (Ed.), *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, 23. Auflage, C.H.Beck Verlag, 2023, kn. 30.

⁷ Preis, BGB § 127, kn. 30.

⁸ Einsele, BGB § 126b, kn. 3; Preis, BGB § 127, kn. 30.

⁹ Susan Emmenegger/Regula Kurzbein, “Art. 25”, Claire Huguenin, Reto M.Hilty (Ed.),

Alman Hukukundaki metin şekline ilişkin kanuni gerekliliğe, Alman Medeni Kanunu'nun bazı hükümlerinde ve bu kanun dışındaki başka kanunlarda yer verilmiştir. Alman Medeni Kanunu'nun işyeri dışında kurulan ve mesafeli tüketici sözleşmelerinde fesihle ilgili § 312h, taksitle tüketici satışında sözleşme içeriğinin tüketiciye bildirilmesiyle ilgili § 510/I, cümle 3, kiralananda gerçekleştirilecek esaslı onarıma dair kiracıdan istenen bilgilendirmeye ilgili § 555d/III, IV, kira sözleşmesinde kullanma giderlerinin taraflar arasında paylaşılmasıyla ilgili § 556a/II, cümle 1, kiracının takas ve alıkoyma hakkını bildirmesiyle ilgili § 556b/II, cümle 1, kira bedelinde istatistik endekslerine göre yapılacak artış bildirimisiyle ilgili § 557b/III, cümle 1, kira bedelinde emsal kiralara göre yapılacak artış bildirimisiyle ilgili § 558a/I, kiralananda gerçekleştirilen esaslı onarım sebebiyle kira bedelinde yapılacak artış bildirimisiyle ilgili § 559b/I, cümle 1, kira sözleşmesinde götürü belirlenen kullanma gideri tutarındaki değişiklik bildirimisiyle ilgili § 560/I, cümle 1 ve § 560/IV, tüketici ödünç sözleşmelerine aracılık edenin tüketiciye sözleşmenin içeriğini bildirimisiyle ilgili § 655b/I, cümle 3 hükümleri ile; Alman Ticaret Kanunu'nun (HGB) eşya taşıma sözleşmelerinde taşınacak eşyanın tehlikeli olması halinde, tehlikenin türü ve alınacak önlemlerin bildirilmesiyle ilgili § 410/I, taşınan eşyanın tesliminden sonraki zarar bildirimisiyle ilgili § 438/IV, cümle 1 ve § 455/I, cümle 2 hükümleri; yine GmbHG'nin şirketin temsilinde yetkilendirmenin metin şekline uygun olarak yapılmasıyla ilgili § 47/III, ortakların şirket toplantısı yapmalarına gerek olmaksızın metin şekline uygun olarak oy kullanmalarıyla ilgili § 48/II hükümleri; son olarak ücrete ilişkin anlaşmanın metin şekline uygun olarak yapılması gerekliliğiyle ilgili RVG § 3a/I, cümle 1 hükmü ile HOAI 2021 § 7/I hükmü metin şekline örnekler olarak gösterilebilir.

İsviçre Hukuku'nda, OR hükümlerinde metin şekline ilişkin bir düzenlemenin bulunmadığını ifade etmiştik¹⁰. Ancak İsviçre hukuk doktrininde, OR dışındaki diğer kanunlarda metin şekli gerekliliği içerdiği düşünülen her bir düzenleme bakımından metin şekli teriminin münferit

Schweizer Obligationenrecht 2020, Schulthess Verlag, 2013, kn. 2; Christoph Müller, *Berner Kommentar, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Art. 1-18 OR mit allgemeiner Einleitung in das Schweizerische Obligationenrecht*, Stämpfli Verlag, 2018, Art. 11, kn. 282.

¹⁰ Ancak OR 2020 Tasarısı'nda, alacağın metin şekli içinde ileri sürülmesiyle zamanaşımının kesilebileceğiyle ilgili 154'üncü maddesinin ikinci fıkrasında ve alacağının devrinin borçluya metin şekli içinde bildirilmesi gerektiğiyle ilgili 171'inci maddesinin ikinci fıkrasında metin şekline yer verilmiştir.

olarak yorumlanması gerektiği¹¹, bazı hallerde, metin şeklinin kıyasen de uygulama alanı bulabileceği ifade edilmiştir. Özellikle, adi yazılı şekilden açıkça veya örtülü olarak feragat edildiği, beyanın kalıcı bir metin kaydına dayanabileceğinin yeterli görüldüğü; yetki anlaşmalarının metin şeklinde yapılabileceğine ilişkin ZPO Art.17/II ve IPRG Art.5/I, tahkim anlaşmalarının metin şeklinde yapılabileceğine ilişkin ZPO Art.358/I ve IPRG Art.178/I hükümleri, buna örnektir. Şöyle ki bu hükümlerde tahkim ve yetki anlaşmasının yazılı olarak ya da metinle (*durch text*) kanıtlanabilecek başka bir şekilde yapılabileceği belirtilmiştir¹². Görüldüğü üzere metin şekli; her ne kadar OR'de yer bulamamış olsa da bazı özel kanunlardaki hükümlerin varlığı sebebiyle doktrinde bir şekil türü olarak kabul edilmektedir¹³.

Metin şeklinin bir başka şeklin ikamesi olabilmesi ya da başka bir şekil türünün metin şeklinin ikamesi olabilmesi de uygulama alanı başlığı altında irdelenmesi gereken bir meseledir. Kanundaki (BGB § 126b) tanım ve aşağıda değinilecek metin şeklinin unsurları göz önünde bulundurulduğunda, her ne kadar metin şekline ilişkin hüküm emredici karakterde olsa da bu şekil türünün diğer şekil türlerine nazaran oldukça esnek koşullar gerektirdiği anlaşılmaktadır¹⁴. Bu sebeple, daha ağır koşullar arayan bir şekil türünün, mesela yazılı şeklin ya da resmi şeklin, metin şekli yerine tercih edilmesine bir engel yoktur. Kanuni şekil türlerinin en basiti olduğu için, diğer kanuni şekiller, bu şekil türünü ikame edebilir¹⁵. Ancak aksi durum açısından ikame mümkün değildir. Başka bir deyişle, yazılı şeklin ya da resmi şeklin öngörüldüğü hallerde, metin şekli şeklin amacını karşılama bakımından yeterli olmaz¹⁶.

¹¹ David Wicki-Birchler/Marko Dobec, “Unterschreiben von Verträgen im digitalen Raum”, *Aktuelle Juristische Praxis*, (3), 2023, s. 279.

¹² Emmenegger/Kurzbein, OR 2020, Art. 25, kn. 2; Müller, OR Art. 11, kn. 282; Ali Haydar Yağcıoğlu, *Model Bir Kanun Tasarısı Niteliğindeki “İsviçre Borçlar Kanunu'nun Genel Hükümleri Hakkındaki 2020 Tasarısı (OR 2020)” Hükümlerine İlişkin Açıklamalar*, Adalet Yayınevi, 2021, s. 103.

¹³ Müller, OR Art. 11, kn. 95-110.

¹⁴ Siegbert Lammel, “BGB § 550”, Ulf. P Börstingshaus (Ed.), *Schmidt-Futterer, Mietrecht*, 15. Auflage, C.H.Beck Verlag, 2022, kn. 80.

¹⁵ Müller, OR Art.11, kn. 97.

¹⁶ Heinz-Peter Mansel, “BGB § 126b”, Rolf Stürner (Ed.), *Jauernig Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar*, 19. Auflage, C.H.Beck Verlag, 2023, kn. 4; Lammel, BGB § 550, kn. 80. İsviçre Hukuku bakımından bkz. Emmenegger/Kurzbein, OR 2020, Art. 25, kn. 15; Yağcıoğlu, s. 104.

II. METİN ŞEKLİNE İLİŞKİN HÜKMÜN AMACI

Metin şekline ilişkin BGB § 126b hükmünün amacı, ancak metin şeklinin işlevlerinin ortaya konulmasıyla açıklanabilir. Alman Hukuku'nda hukukumuzda olduğu gibi şekil serbestisi ilkesi geçerlidir; sadece kanunun öngördüğü bazı irade açıklamaları belli bir şekle tabi tutulmuştur. Alman Hukuk doktrininde, şekil zorunluluğunun, “kişinin yapılan hukuki işlemin risklerine karşı korunması (uyarı işlevi)”, “hukuki işlemin içeriğinin açıkça belirlenmesine imkân sağlanarak yaşanacak ispat zorluklarının önüne geçilmesi (ispat işlevi)”; “özellikle yetkili makamın düzenlemesinin zorunlu olduğu işlemler bakımından, uzman kişinin onayı sağlanarak işlem güvenliğinin temin edilmesi (kontrol işlevi)” şeklinde temelde üç işlevinin bulunduğu ifade edilmiştir¹⁷.

Metin şekline ilişkin BGB § 126b'deki düzenlemeden anlaşıldığı üzere, metin şekli, adi yazılı şeklin basitleştirilmiş bir halini oluşturur¹⁸. Bu şekil türünde, taraf imzalarının yer alması zorunlu bir unsur değildir; hatta bu husus, bu şekil türünün en belirgin (karakteristik) özelliğini oluşturur¹⁹. Ayrıca metin şeklinin yerine getirilmesi, resmi bir makamın katılımını gerekli kılmadığı için taraflara hiçbir mali yükümlülük oluşturmaz. Görüldüğü üzere bu şekil türü, diğer şekil türleri arasında, aşağıda daha detaylı inceleneceği üzere, daha hafif koşullara sahiptir²⁰. Dolayısıyla, metin şeklinin yukarıda belirtilen uyarı, ispat ve kontrol işlevlerini ne derecede yerine getireceği ya da getiremeyeceği irdelenmelidir²¹.

Yazılı şekilde olduğu gibi bir imzanın bulunması zorunlu olmadığı, sadece irade açıklamasında bulunan kişinin adının bulunması yeterli olduğu ve

¹⁷ Jörg Battendorf, “Elektronische Dokumente und Formqualität”, *Rheinische Notar-Zeitschrift*, (6), 2005, s. 284; Ruth Janal, “Die Errichtung und der Zugang einer Erklärung in Textform gem. § 126b BGB”, *Monatsschrift für Deutsches Recht*, 60 (7), 2006, s. 368.

¹⁸ İsviçre Hukuku bakımından bkz. Müller, OR Art. 11, kn. 96.

¹⁹ Spindler, BGB § 126b, kn.4. İsviçre Hukuku bakımından bkz. Susan Emmenegger/Regula Kurzbein, “Art. 22”, Claire Huguenin, Reto M.Hilty (Ed.), *Schweizer Obligationenrecht 2020*, Schulthess Verlag, 2013, kn. 2-3.

²⁰ Moritz W. Schmitz, *Die Digitalisierung der gesetzlichen Formen*, (Diss. Universität Passau, Juristische Fakultät), 2021, s. 93. Bazı şekil gerekliliklerinin azaltılması sebebiyle, metin şeklinin “nitelikli şekilsizlik” olarak ifade edildiği yönünde bkz. Janal, s. 368. Metin şeklinde imza unsurunun bulunmasının zorunlu olmaması sebebiyle “imzasız beyan” olarak ifade edildiği yönünde bkz. Lammel, BGB § 550, kn. 77.

²¹ Metin şeklinin sözü edilen işlevlerin hiçbirini yerine getirmedeği yönünde bkz. Battendorf, s. 368.

şeklin yerine getirilmesi taraflara mali yükümlülük doğurmadığı için, bir *uyarı işlevinin* olamayacağı düşünülse de kanun tarafından işlemin yapılmasının yine de bir şekilde bağlanmış olması ve bu konuda tarafların hukuki işlem ehliyetlerinin kısıtlanmış olması bakımlarından bir uyarı işlevinin bulunduğu söylenebilir²².

Metin şeklinde, imzanın zorunlu olmaması nedeniyle, ispat işlevinin olmayacağı düşünülebilir. Alman Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanunu (ZPO) § 416 uyarınca da düzenleyen tarafından imzalanmayan belgeler özel senet (Privaturkunde) niteliği taşımazlar. Bu açıdan metin şekline uyularak hazırlanmış belgeler de özel senet hükmünde ispat gücüne sahip değillerdir²³. Ancak metin şeklinin ispat işlevinin hiç olmadığını belirtmek de doğru olmaz; bunun yerine bu işlevin öncelikli olmadığı şeklinde bir kabulü benimsemek yerinde olur²⁴. Şöyle ki, metin şeklinin öngörüldüğü haller, özellikle bilgilendirme ve belgelendirme yükümlülüklerinin yerine getirilmesiyle ilgilidir, buna göre metin şeklinde, bu şekilde özel bilgilendirme ve belgelendirme işlevlerinin önem taşıdığını belirtmek gerekir. İspat işlevinin sözü edilen işlevler karşısında önemi ikincil seviyeye gerilemektedir. Bu seviyeye gerilese bile metin şeklinin ispat işlevi bulunmasına da imkân veren düzenleme ZPO § 419'dur. Bu hüküm uyarınca, üzeri çizilmiş, silinmiş, taslak mahiyetinde hazırlanmış ya da bazı eksikliklere sahip olan bir belgenin ispat değerinin ne olacağına hâkim, takdir yetkisine göre karar verecektir. Metin şekline uygun hazırlanmış bir belge de bu hüküm kapsamında değerlendirilmelidir. Bu çerçevede metin şekli, hâkimin takdirine bağlı olarak değerlendirilecek ve

²² Schmitz, s. 96-97; Thomas Liebscher, "GmbHG § 48", Wulf Goette, Holger Fleischer (Ed.), *Münchener Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, (GmbHG)*, Band 2, 4. Auflage, C.H.Beck Verlag, 2023, kn. 180. Bu işlevin önemsiz seviyede olduğu yönünde bkz. Preis, BGB § 127, kn.30; Ulrich Noack, "Digitaler Rechtsverkehr: Elektronische Signatur, elektronische Form und Textform", *Deutsches Steuerrecht*, (44), 2001, s. 1896. Bu işlevin olmadığı yönünde bkz. Janal, s. 368; Einsele, BGB § 126b, kn. 1; Mansel, BGB § 126b, kn. 1; Spindler, BGB § 126b, kn. 1; Günther Nies, "Mieterhöhungsbegehren und Schriftform des § 550 BGB?", *Neue Zeitschrift für Miet- und Wohnungsrecht*, (19), 2009, s. 687; Zarife Şenocak, "Dijital İmza ve Dijital İmzanın Borçlar Kanunu Hükümleri Açısından Ele Alınması", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 50 (2), 2001, s. 115.

²³ Janal, s. 368.

²⁴ İspat işlevinin ikincil öneme sahip olduğu hakkında bkz. Holger Wendtland, "BGB § 126b", Wolfgang Hau, Roman Poseck (Ed.), *BeckOK BGB*, 67.Edition, 2023, kn. 14; Preis, BGB § 127, kn. 30; Noack, s. 1896. Bu işlevin olmadığı yönünde bkz. Nies, s. 687; Janal, s. 368; Einsele, BGB § 126b, kn. 1; Mansel, BGB § 126b, kn. 1; Spindler, BGB 126b, kn. 1; Şenocak, s. 115.

buna göre bir ispat gücüne sahip olabilecektir.

Metin şeklinde, tarafların kimliğini ve yaptıkları hukuki işlemi kontrol eden bir makam yoktur. Bu özellik, bu şekil türünde bir *kontrol işlevinin* bulunmadığı izlenimi yaratabilir. Ancak hiçbir şekle tabi olmayan bir irade açıklaması, özellikle de bir hukuki işlem göz önünde bulundurulduğunda, metin şeklinde irade beyanları en azından kaydedileceği için, önem derecesi az da olsa bir kontrol işlevinin bulunduğu söylenebilir²⁵.

Tekrar vurgulamak gerekir ki, metin şeklinin uyarı, ispat ve kontrol işlevleri öncelikli ve temel öneme sahip olmayıp, bu şeklin öncelikli işlevleri, irade beyanlarını açıklığa kavuşturarak bilgilendirme ve belgelendirmedir²⁶. Bu öncelikli işlevler, metin şeklinin sıklıkla bilgilendirme ve belgelendirme yükümlülüklerinin bulunduğu hallerde öngörülmesinden kaynaklanmaktadır. Bununla birlikte, bilgilendirme ve belgelendirme yükümlülüklerinin yerine getirilmesi, metin şekli sayesinde kalıcı veri saklayıcısıyla gerçekleştirileceğinden, aynı zamanda metin şeklinin ispat işlevi de ortaya konulmuş olacaktır. Gerçekten, mesela bilgilendirmede, sözlü bir bilgilendirmeye nazaran metin şekline uyulduğunda, bu bilgilendirme kalıcılık özelliğine kavuşmuş olacak ve kalıcı veri saklayıcısı somut bir delil olarak kullanılabilir.

Bilgilendirme ve belgelendirme yükümlülükleri yanında metin şeklinin, bazı hukuki işlemlerin, özellikle bazı sözleşmelerde uyulması gereken şekil (geçerlilik şartı şekil) olarak öngörüldüğü hükümler de bulunmaktadır. Örneğin, HOAI 2021 § 7/I'e ve RVG § 3a/I, cümle 1'e göre avukatlık, mimarlık ve mühendislik alanlarındaki işgörme edimlerine yönelik ücret anlaşmalarının metin şekline uygun olarak düzenlenmesi gerekir. Geçerlilik şartı olarak metin şekline uyulmasıyla, bu şeklin uyarı, kontrol ve özellikle ispat işlevinin daha belirgin bir öneme sahip olacağı belirtilmelidir.

Metin şeklinin sözü edilen işlevleri göz önünde bulundurulduğunda,

²⁵ Schmitz, s.97; Preis, BGB § 127, kn. 30; Noack, s. 1896. Bu işlevin olmadığı yönünde bkz. Mansel, BGB § 126b, kn. 1; Nies, s. 687.

²⁶ Kai-Jochen Neuhaus, *Berufsunfähigkeitsversicherung*, 4. Auflage, C.H.Beck Verlag, 2020, kn. 25; Noack, s. 1896; Jarl-Hendrik Kues, "VOB/B § 1 Abs. 4", Hans Ganten, Günter Jansen, Wolfgang Voit (Ed.), *Beck'scher VOB-Kommentar, Teil B*, 4. Auflage, C.H.Beck Verlag, 2023, kn. 38. İsviçre hukuku bakımından bilgilendirme işlevi için aynı yönde bkz. Bkz. Thomas Probst, "§ 5 Konsumentenschutz durch Information und Vertragsentbindung", Helmut Heiss, Leander D. Loacker (Ed.), *Grundfragen des Konsumentenrechts*, Schulthess Verlag, 2020, kn. 5.44.

metin şekline ilişkin hükmün kabulündeki amacın, hukuki ilişkilerde, diğer şekil türlerindeki sıkı gerekliliklere nazaran kolaylık sağlamak olduğu söylenebilir. Özellikle bazı hukuki işlemler bakımından yazılı şeklin içerdiği nispeten sıkı koşullar sebebiyle, bu şekle uymak, makul olmayacak ölçüde zahmetli ya da masraflı olabilir yahut işlem hayatındaki hızlılık gereklilikleriyle uyuşmayabilir²⁷. Dolayısıyla, metin şekli; yazılı şekle tabi tutulması makul olmayan ancak şekilsizliğin (sözlülüğün) de yetersiz görülebileceği irade açıklamaları için tasarlanmıştır²⁸. Örneğin, muhatabın, hukuki bir girişimde bulunmasına neden olabilecek belirli gerçekler konusunda bilgilendirilmesi amacını taşıyan bir beyanın, okunaklı bir şekilde açıklanması gerekliliği karşısında, metnin imzalanmasının bir önemi yoktur; bilginin ona iletilmesi önem taşımaktadır. Bu bilginin kalıcı bir veri saklayıcısıyla iletilmiş olması halinde, bu ihtiyaç karşılanmış olmaktadır²⁹.

Doktrinde bazı yazarlarca, metin şeklinin ispat işlevinin olmayacağı; böyle bir şeklin metinde sonradan yapılacak değişikliklere karşı bir koruma sağlamayacağı; muhatabın fark etmesine olanak olmaksızın herkesin başkası adına e-posta gönderebileceği; böylece beyanın gerçekten ilgili kişiye ait olup olmadığının kesinlik arz etmeyeceği; sadece kaydetme açısından bir faydasının olabileceği ancak bu durumda dahi metnin tahrif edilme riskinin bulunabileceği gibi gerekçelerle amaçlanan hedeflere ulaşılamayacağı; aksine uygulamada ihtilaflara neden olacağı ileri sürülerek metin şeklinin bir şekil türü olarak kabulünde isabet olmadığı ifade edilmiştir³⁰. Kanaatimizce beyan sahibinin imza unsurunun bu şekil türünde aranmıyor olması eleştirilerin haklı olduğu izlenimini doğursa da imzanın ve başkaca ek unsurların arandığı diğer şekil türleri için de tahrifat riskinin bulunduğu ve uygulamada kötüye kullanımların önüne geçilemediği gerçeği gözden uzak tutulmamalıdır.

İsviçre Hukuk doktrininde, genel hükümlerde (OR Art.11-16) metin

²⁷ Janal, s. 368; Wendtland, BGB § 126b, kn. 1; Einsele, 126b, kn. 1.

²⁸ Mansel, BGB § 126b, kn. 1; Schmitz, s. 94. İsviçre Hukuku bakımından benzer yönde bkz. Müller, OR Art. 11, kn. 98. Bu şekil türünün, şekilsizliğe bir şekil verdiği yönündeki ifade için bkz. Mansel, BGB § 126b, kn. 1.

²⁹ Wendtland, BGB § 126b, kn. 1.

³⁰ Roman A. Mallman/Erbo D. Heinrich, "Schriftform bei Geschäften im Internet", *Zeitschrift für Rechtspolitik*, (11), 2020, s. 472. Benzer eleştiriler için bkz. Nicola Gragert/Henning Wiehe, "Das BAG im Strudel neuer Medien-Die gesetzliche Schriftform rechtsgeschäftsähnlicher Handlungen im Arbeitsrecht", *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht*, (6), 2001, s. 313; Hans Michael Malzer, "Zivilrechtliche Form und prozessuale Qualität der digitalen Signatur nach dem Signaturgesetz", *Deutsche Notar-Zeitschrift*, (2), 1998, s. 118.

şekline yer verilmemesi bir boşluk olarak değerlendirilmiş ve OR 2020 Tasarısı'nın 25'inci maddesinde bu şekle yer verilmesiyle bu boşluğun doldurulduğu belirtilmiştir³¹. Tasarıda, bu hükmün hazırlanmasında BGB § 126b'nin ilham kaynağı olduğu açıkça ifade edilmiştir³². Tasarıya ilişkin açıklamalara göre bu şekle yer verilmesindeki ilk amaç, kanuni gereklilikleri modern iletişim araçlarına uyarlamak; ikinci amaç ise, belli bir şekle uyma konusunda adi yazılı şeklin çok sıkı gereklilikler taşıdığı düşünülen beyanlar ve hukuki işlemler için tarafları veya üçüncü kişileri korumaktır³³.

III. METİN ŞEKLİNİN UNSURLARI

BGB § 126b hükmü çerçevesinde bir metin şeklinden söz edebilmek için, birtakım unsurların varlığı gereklidir. Bu unsurlar, okunaklı bir beyanı içeren metnin bulunması, metnin kalıcı bir veri saklayıcısında yer alması, metnin muhataba hitaben yazılmış olması, irade beyanı sahibinin adının metinde yer alması ya da kalıcı veri saklayıcısından anlaşılması, metnin sonlandırıldığı muhatap tarafından anlaşılır olması, metnin kalıcı veri saklayıcısı aracılığıyla muhataba iletilmiş olması şeklinde sıralanabilir.

Sözü edilen unsurlardan herhangi birinin eksik olması halinde, yani metin şekline uyulmaması halinde, o işlem hakkında uygulanacak yaptırımın ne olduğu işlemin türüne göre farklılık gösterebilir. Şöyle ki, metin şekli, bazen tek taraflı irade beyanına sonuç bağlanmış olan hukuki işlemler bakımından, bazen her iki tarafın irade beyanına sonuç bağlanan hukuki işlemler bakımından bazen de hukuki işlem benzeri niteliğinde sayılabilecek bir bilgilendirme yükümlülüğü bakımından öngörülmüş olabilir. Bu sebeple, her bir somut norm açısından yaptırım ayrıca değerlendirilmelidir. Örneğin bir hukuki işlemin iptaline yönelik beyan için getirilmiş metin şekline uyulmazsa, sözgelimi, metin şeklinin unsurlarından birisi eksikse ya da sözlü olarak iptal beyanında bulunulursa, hukuki sonuç tek bir tarafın irade açıklamasına bağlı olduğu için, uygulanacak yaptırım, arzu edilen hukuki sonucun doğmaması yani ilgili işlemin iptalinin gerçekleşmemesidir³⁴. Metin şekli, her iki tarafın

³¹ Claire Huguenin/Barbara Meise, "OR 2020: Braucht die Schweiz ein neues Vertragsrecht?– Eine Einführung", *Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht*, (4), 2015, s. 291.

³² Emmenegger/Kurzbein, OR 2020, Art. 25, kn. 1.

³³ Emmenegger/Kurzbein, OR 2020, Art. 25, kn. 3; Müller, OR Art. 11, kn. 283; Yağcıoğlu, s. 103.

³⁴ Heinrich Dorner, "Buch I Allgemeiner Teil", Reiner Schulze (Ed.), *Bürgerliches Gesetzbuch Handkommentar*, 11. Auflage, Nomos Verlag, 2022, § 126b, kn. 3.

irade beyanını da dikkate alacak şekilde, bir hukuki işlemin mesela bir sözleşmenin kurulması bakımından öngörülmüşse, bu şekle uyulmamasında uygulanacak yaptırım, ilgili hukuki işlemin kesin hükümsüz sayılmasıdır³⁵. Metin şekli, hukuki işlem benzeri niteliğindeki bilgilendirme yükümlülüğü açısından öngörülmüşse, buna uyulmamasının yaptırımı, bu yükümlülüğün yerine getirilmiş olmasına bağlanan hukuki sonucun gerçekleşmemesidir.

Metin şekli için gerekli olan unsurların sağlandığını ispat yükü, metin şekli kapsamında olan irade açıklamasından hak elde etmek isteyen kişi üzerindedir³⁶.

A. Okunaklı Bir Beyanı İçeren Metnin Bulunması

Adından da anlaşılacağı üzere, metin şekli bir metin içermelidir. Elektronik araçla veya ortamda gönderilen sesli mesajlar (telesekretere yapılan beyanlar, ses kaydı şeklinde gönderilen mesajlar), metin gerekliliğini karşılamadığı için bu kapsamda düşünölmeyecektir³⁷.

Metnin hangi özellikte olması gerektiği, BGB § 126b'de açıkça belirtilmiştir. Buna göre, metinde, okunaklı bir beyan (*eine lesbare Erklärung*) olmalıdır. Metinde yer alan beyanın okunaklı bir yazıyla kelimeler halinde ifade edilmiş olması gerekir³⁸.

Burada okunaklı bir beyandan (yazıdan) ne anlaşılması gerektiği ortaya konulmalıdır. Buna göre, metindeki beyan, muhatabın metnin kapsamını görsel tekrarlar olmaksızın kolayca anlayabildiği bir beyan olmalıdır. Bu, özellikle, elektronik araçla veya ortamda iletilen beyanlar bakımından ayrı bir önem taşır. Metinde kullanılan karakterlerin, özel bir teknik çaba olmadan anlaşılabilir nitelikte olması gerekir³⁹. Bu noktada, elektronik

³⁵ Binder, s. 334.

³⁶ Einsele, BGB § 126b, kn. 13.

³⁷ Wendtland, BGB § 126b, kn. 4; Einsele, BGB § 126b, kn. 4; Spindler, BGB § 126b, kn. 5; Mansel, BGB § 126b, kn. 2; Volker Romermann, "GmbHG § 48", Lutz Michalski, Andreas Heidinger, Stefan Leible, Jessica Schmidt (Ed.), *Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbH-Gesetz): GmbHG, Band 2*, 4. Auflage, 2023, kn. 242. Sözlü beyanlar bakımından benzer yönde bkz. Şenocak, s. 115.

³⁸ Kai Zahrte, "Rechtliche Anforderungen an elektronische Postfachlösungen von Banken– zugleich eine Besprechung von EuGH C-375/15 (BAWAG/VKI)", *Zeitschrift für Bank- und Kapitalmarktrecht*, (7), 2017, s. 280; Wendtland, BGB § 126b, kn. 3; EINSELE, BGB § 126b, kn. 4.

³⁹ Wendtland, BGB § 126b, kn. 3.

araçta veya ortamda hazırlanan yazılar bakımından kullanılan yazı tipi önem taşır. Kullanılan yazı tipinin rahatlıkla okunması mümkün olan bir yazı tipi olması gerekir. Bununla bağlantılı olarak, harflerin anlamsız olarak bir araya getirilmesiyle oluşturulan kelimelerin bulunduğu metnin bu kapsamda olması düşünülemez⁴⁰. Kullanılan yazı tekniğinin de (el yazısıyla veya mekanik araçlarla özellikle daktiloyla, bilgisayarla yazılmış olması), karakterleri okunaklı olduğu sürece, bir önemi yoktur⁴¹.

Doktrinde aksi belirtilmedikçe bu yazının herhangi bir dilde olabileceği ifade edilmişse⁴² de, kanaatimizce muhatabın anlayacağı, bildiği bir dilin tercih edilmiş olması gerekir, aksi durum, hakkın kötüye kullanımı olarak değerlendirilebilir.

Metnin asgari içeriği, metin şeklinin gerekli olduğu hukuki işlemin türüne göre her bir somut işlem bakımından kanuni gereklilikler çerçevesinde belirlenir⁴³.

B. Metnin Kalıcı Bir Veri Saklayıcısında Yer Alması

Metin şeklinden söz edebilmek için, irade beyanı içeren metnin kalıcı bir veri saklayıcısında bulunması gereklidir.

1. Kalıcı Veri Saklayıcısı Tanımı

Kalıcı veri saklayıcısının ne anlama geldiği, BGB § 126b'de açıklanmıştır. Bu hükme göre, kalıcı veri saklayıcısı, muhatabın kendisine şahsen yöneltilen bir beyanı, amacına uygun bir süre boyunca erişebileceği şekilde kalıcı veri taşıyıcısı üzerinde saklamasına veya kaydetmesine ve beyanı değiştirmeden çoğaltmasına olanak tanıyan herhangi bir araç veya ortamdır.

25.10.2011 tarihli Avrupa Parlamentosu ve Konseyi'nin 2011/83 Sayılı Direktifi'nin tanımlara ilişkin 2'nci maddesinin onuncu bendinde ise kalıcı veri saklayıcısı, tüketicinin veya tacirin kendisine bireysel olarak yöneltilen

⁴⁰ Wendtland, BGB § 126b, kn. 3.

⁴¹ İsviçre Hukuku bakımından bkz. Emmenegger/Kurzbein, OR 2020, Art. 25, kn. 5. Metnin, bilgisayarda bir dosya içinde yer alması halinde, bu dosyanın piyasada bulunan, kolayca ve ücretsiz olarak temin edilebilen herhangi bir yazılımla okunabilir özelliğe sahip olması gerektiği yönünde bkz. Nissel, 4.2; Preis, BGB 127, kn. 30a; Christian Armbrüster, "VVG § 7", Theo Langheid, Manfred Wandt (Ed.), *Münchener Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz, Band 1, § § 1-99, VVG-InfoV*, 3. Auflage, C.H.Beck Verlag, 2022, kn. 105.

⁴² Wendtland, BGB § 126b, kn. 3.

⁴³ Wendtland, BGB § 126b, kn. 5.

bilgileri, amaca uygun düşecek süre boyunca ileride erişilebilir kılmak için, saklanmasını sağlayan ve saklanan bilgilerin değiştirilmeden çoğaltılmasına izin veren herhangi bir araç veya ortam olarak tanımlanmıştır.

Her iki düzenleme birlikte değerlendirildiğinde, herhangi bir sınırlamaya yer verilmediği için, Alman Hukukunda kalıcı veri saklayıcısının hem bir kâğıt hem de elektronik bir araç veya ortam olması mümkündür⁴⁴. Ancak İsviçre Hukuku'nda konuyla ilgili genel bir düzenlemeye yer verilmemiş olması sebebiyle olsa gerek, bu konuda bir görüş, kalıcı veri saklayıcısının bir kâğıt ya da elektronik bir araç veya ortam olabileceğini kabul ederken⁴⁵; başka bir görüş, beyanın kalıcı kanıt özelliği taşıması gerekliliğinden hareketle, bir kâğıdın kullanılması halinde bu gerekliliğin sağlanmış olmayacağını kabul etmektedir⁴⁶. Son görüşe göre kâğıt olarak iletilen bir beyan söz konusu olursa, buna ek olarak söz konusu beyanın ayrıca, amaca uygun bir süre boyunca okunmasına, saklanabilmesine, elektronik olarak kaydedilebilmesine veya çıktı alınabilmesine imkân tanıyan bir veri taşıyıcısında da (sabit disk, CD, DVD, Blu-Ray disk, USB bellekler, bulut bilişim vb.) iletilmesi gerekir. Oysaki OR 2020 Tasarısı'nın 25'inci maddesi, metin şekli için, beyanın kalıcı olarak kanıtlanmasını sağlayan herhangi bir “yazılı ifade şekli”nin (*schriftliche Ausdrucksweise*) yeterli olacağını belirtmiştir. Dolayısıyla, İsviçre doktrininde, taslaktaki metin şekli tanımının bilinçli şekilde geniş bırakıldığı, gelecekte iletişim araçlarında yaşanacak teknik gelişmeleri de kapsayıcı olmasının istendiği belirtilmiştir⁴⁷.

Hukukumuz bakımından metin şeklinin genel bir hüküm olarak düzenlenmediğini, ancak TKHK'da ve bazı yönetmeliklerde yer verildiğini daha önce belirtmiştik. Her ne kadar, metin şekline ilişkin özel bir düzenleme

⁴⁴ Einsele, BGB § 126b kn. 4; Nissel, 4.2; Preis, BGB § 127, kn. 30a; Armbrüster, VVG § 7, kn. 105; Daniela Steinbach-Martens/Christian Prasse, “BGB § 491a”, Reiner Schulze, Herbert Grziwotz, Rudolf Lauda (Ed.), *BGB: Kommentiertes Vertrags- und Prozessformularbuch*, 4. Auflage, Nomos Verlag, 2020, kn. 3; Klaus Winkler/Joachim Teubel, “RVG § 3a Vergütungsvereinbarung”, Hans-Jochem Mayer, Ludwig Kroiß (Ed.), *Rechtsanwaltsvergütungsgesetz: RVG, Handkommentar*, 8. Auflage, Nomos Verlag, 2021, kn. 20; Lammel, BGB § 550, kn. 83; Neuhaus, kn. 28; Zahrt, s. 280; Frank Bayreuther, “Formzwang und-qual im Arbeits- bzw. Nachweisrecht”, *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht*, (10), 2023, s. 597; Binder, s. 333; Anja Steinbeck, “Die neuen Formvorschriften im BGB”, *Deutsches Steuerrecht*, (16), 2003, s. 649.

⁴⁵ Müller, OR Art. 11, kn. 105.

⁴⁶ Emmenegger/Kurzbein, OR 2020, Art. 25, kn. 5, 6, 7.

⁴⁷ Bkz. Emmenegger/Kurzbein, OR 2020, Art. 25, kn. 4; Müller, OR Art. 11, kn. 284; Yağcıoğlu, s. 103.

bulunmasa da kalıcı veri saklayıcısına ilişkin tanımlara rastlamak mümkündür⁴⁸. Yapılan tanımların içerikleri aynıdır. En temel tanım sayılabilecek 6502 sayılı TKHK m.3/bent f'ye göre kalıcı veri saklayıcısı: “Tüketicinin gönderdiği veya kendisine gönderilen bilgiyi, bu bilginin amacına uygun olarak makul bir süre incelemesine elverecek şekilde kaydedilmesini ve değiştirilmeden kopyalanmasını sağlayan ve bu bilgiye aynen ulaştırılmasına imkân veren kısa mesaj, elektronik posta, internet, disk, CD, DVD, hafıza kartı ve benzeri her türlü araç veya ortamı ifade eder.” Tanımda her ne kadar BGB'den farklı şekilde örnekseyici olarak; elektronik araçlar veya ortamlar sayılmış olsa da bu tanımın sonundaki “benzeri her türlü araç veya ortam”dan söz edilmiş olması, hukukumuz bakımından da kalıcı verici saklayıcısının kâğıt ya da elektronik bir araç veya ortam olabileceği anlaşılmaktadır.

BGB'de, kalıcı veri saklayıcısına ilişkin örnekseyici bir sayımın yapılmamış olması karşısında, doktrin bu eksikliği kalıcı veri saklayıcısını geniş şekilde örneklendirerek giderme yoluna gitmektedir: kalıcı veri saklayıcısı, hem fotokopi, faks, telgraf, teleks gibi bir kâğıt hem de CD-ROM, DVD, harici sabit disk, USB bellek, bilgisayar faksı, e-posta, SMS, hafıza kartları gibi elektronik araçlar ve ortamlar olabilir⁴⁹. Ayrıca günümüzde çok kullanılan whatsapp mesajı da bu kapsamda kabul edilmektedir⁵⁰.

2. Kalıcı Veri Saklayıcısının Özellikleri

BGB § 126b'deki kalıcı veri saklayıcısı tanımından anlaşıldığı üzere, kalıcı veri saklayıcısının, muhataba yöneltilen irade açıklamasının, amaca uygun düşecek süre boyunca ileride erişilebilir kılmak için kaydedilmesine,

⁴⁸ Bu tanımların yer aldığı düzenlemeler için bkz. 6502 sayılı TKHK (m.3/b.f); Paket Tur Sözleşmeleri Yönetmeliği (m.4/b.c), RG:14.01.2015, 29236; Sigortacılık Kapsamında Değerlendirilecek Faaliyetler ve Mesafeli Akdedilen Sigorta Sözleşmeleri Hakkında Yönetmelik (m.4/b.d), RG:16.06.2021, 31513; Sigorta Sözleşmelerinde Bilgilendirmeye İlişkin Yönetmelik (m.4/b.c), RG:14.02.2020, 31039; Konut Finansmanı Sözleşmeleri Yönetmeliği (m.4/b.f), RG:28.05.2015, 29369; Tüketici Kredisi Sözleşmeleri Yönetmeliği (m.4/b.f), RG:22.05.2015, 29363; Abonelik Sözleşmeleri Yönetmeliği (m.4/b.e), RG:24.01.2015, 29246; Taksitle Satış Sözleşmeleri Hakkında Yönetmelik (m.4/b.ç), RG:14.01.2015, 29236; İş Yeri Dışında Kurulan Sözleşmeler Yönetmeliği (m.4/b.e), RG:14.01.2015, 29236; Devre Tatil ve Uzun Süreli Tatil Hizmeti Sözleşmeleri Yönetmeliği (m.4/b.e), RG:14.01.2015, 29236; Ön Ödemeli Konut Satışları Hakkında Yönetmelik (m.4/b.ç), RG:27.11.2014, 29188; Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliği (m.4/b.c), RG:27.11.2014, 29188.

⁴⁹ Mansel, BGB § 126b, kn. 2; Dorner, BGB § 126b, kn. 4; Zahrte, s. 280.

⁵⁰ Hauke Schäfer, “Vereinsrecht: Einladung zur Mitgliederversammlung per WhatsApp”, *Neue Juristische Online-Zeitschrift*, (45), 2023, s. 1378.

saklanması ve değiştirmeden çoğaltılmasına olanak tanıyan bir araç veya ortam olması gerekmektedir.

a. Kaydedilebilirlik

Kalıcı veri saklayıcısı, muhatap tarafından kaydedilebilmelidir. Bir kâğıdın ve DVD, CD, USB bellek, harici hafıza kartları gibi bazı elektronik araçların bu özelliği taşıdığı açıktır. E-posta, SMS gibi elektronik bir ortam söz konusu olduğunda da bu özelliğin bulunduğu belirtilmelidir. E-postada muhatabın kendi özel kullanıcı adı ve şifresiyle giriş yaptığı hesap, SMS’te ise kullanılan cihaz depolama alanına sahiptir. Buna karşılık yine bir elektronik ortam olarak düşünülebilecek bir web sitesi açısından bu özelliğin olmadığı belirtilmelidir. Nitekim bir web sitesinde yer alan irade açıklamasının, sahibince her zaman değiştirilme ihtimali mevcuttur. Bu özelliğin bulunmaması aynı zamanda saklanabilirlik özelliğinin eksikliğini de beraberinde getirmektedir. Ancak bir web sitesi, muhataba, kendi kullanıcı adı ve şifresiyle giriş yaptığı bir hesap ve depolama alanı tanımlamışsa, kişisel olarak erişebileceği şekilde çıktı alma yahut kendi sabit diskine kaydetme imkânı sağlamışsa, bu özelliğin varlığı kabul edilebilir⁵¹. Örneğin bir alışveriş sitesi, müşterilerine üyelik hesabı tanımlamışsa ve bu hesapta yer alan bilgilendirmeye, sipariş iptaline yönelik irade açıklamalarına müşteri her zaman erişebiliyorsa durum böyledir.

b. Saklanabilirlik

Veri taşıyıcısı, muhataba beyana kalıcı olarak erişme imkânı veren, saklanabilirlik özelliğine sahip bir araç veya ortam olmalıdır⁵². Saklanabilirlik, kaydedilen bir verinin sürekli olarak muhafaza edilmesi anlamına gelir. Beyanın bir kâğıt üstünde ya da elektronik bir araçta yahut ortamda iletilmiş olması, bu özellik bakımından fark oluşturmaz. Önemli olan metnin kalıcı olarak saklanmasını sağlayan bir araç veya ortamda bulunmasıdır⁵³. Örneğin, sosyal medya hesapları gibi ortamlarda oluşturulan ve iletilen mesajlar saklanabilirlik

⁵¹ Peter Thalmeir, “Kunden-Online-Postfächer: Zugang von Willenserklärungen und Textform”, *Neue Juristische Wochenschrift*, (1/2), 2011, s. 18; Jochen Lehmann/Sören Rettig, “Rechtliche Vorgaben für Kunden-Online-Postfächer”, *Neue Juristische Wochenschrift*, (9), 2020, s. 570; Wendtland, BGB § 126b, kn. 9; Einsele, BGB § 126b, kn. 5, 6, 11; Spindler, BGB § 126b, kn. 6; Mansel, § BGB 126b, kn. 2; Dorner, BGB § 126b, kn. 4; Preis, BGB § 127, kn. 30b; Armbrüster, VVG § 7, kn. 106a; Neuhaus, kn. 28; Zahrt, s. 280.

⁵² Lehmann/Rettig, s. 570; Wendtland, BGB § 126b, kn. 8.

⁵³ Wendtland, BGB § 126b, kn. 4, 8; Spindler, BGB § 126b, kn. 5.

özelliklerine sahip olmasından dolayı burada sayılabilir⁵⁴. Ayrıca saklamanın elektronik bir cihazın belleğinde (bilgisayarda, harici bellekte) gerçekleşmesi yanında; örneğin e-posta, sosyal medya yahut web sitesi üyeliği hesaplarında olduğu gibi muhatabın kendi kullanıcı adı ve şifresiyle giriş yaptığı hesapta da gerçekleşmesi yeterlidir. Nitekim bu sonuç, 2011/83 sayılı AB Direktifi'nin kalıcı veri saklayıcısı tanımıyla da uyum içindedir⁵⁵.

BGB § 126b'de belirtildiği üzere, saklama süresi, muhatabın amacına uygun bir süre boyunca erişebileceği kadar olmalıdır. Burada amaca uygun süre deyimi, taraflar arasındaki hukuki ilişki ve süresi dikkate alınarak somut olayın özellikleri çerçevesinde belirlenmelidir. Bu noktada muhatabın itiraz hakkının da olabileceği değerlendirilerek söz konusu işlem tamamlanmaya kadar geçecek süre dikkate alınmalıdır⁵⁶. Kaydetmenin ya da saklamanın değişime imkân vermeyecek şekilde gerçekleşmesi gerektiği de ifade edilmelidir⁵⁷.

c. Çoğaltılabilirlik

Bu özelliğe sahip olma özellikle elektronik araçla veya ortamda gönderilen metinler bakımından önem arz etmektedir. Dolayısıyla gönderilen metnin sadece ekranda okunması yeterli olmamalı, muhatap tarafından çoğaltılabilir özelliğe de sahip olmalıdır. Buradaki çoğaltılabilirlik, metni hiçbir değişikliğe uğratmadan⁵⁸, yazılı olarak çıktısının alınabilirliği ya da

⁵⁴ OLG München (15.Zivilsenat), Hinweisbeschluss vom 18.09.2014-15 U 3046/14 Rae, BeckRS 2014, 18401; OLG Schleswig, Beschluss vom 25.01.2012-2 W 57/11, BeckRS 2012, 9116, (beckonline, 24.11.2023); Ulrich Preis/Katharina Schwarz, "Reform des Teilzeitarbeitsrechts", *Neue Juristische Wochenschrift*, (51), 2018, s. 3675; Wendtland, BGB § 126b, kn. 8. Doktrinde, manyetik veri taşıyıcıları (sabit diskler, çıkarılabilir diskler ve disketler), optik veri taşıyıcıları (CD-ROM ve DVD), manyeto-optik veri taşıyıcıları (MOD) veya flash bellek çipleri (örneğin USB bellek) bakımından saklanabilirlik özelliğinin bulunduğu; ancak ancak sabit sürücü önbelleği (disk önbelleği) veya ana bellek (RAM) bakımından bu özelliğin bulunmadığı belirtilmektedir. Bkz. Spindler, BGB § 126b, kn. 5.

⁵⁵ Spindler, BGB § 126b, kn. 5.

⁵⁶ Wendtland, BGB § 126b, kn. 12; Spindler, BGB § 126b, kn. 5; Dorner, BGB § 126b, kn. 4; Schmitz, s. 95; Lehmann/Rettig, s. 570. İsviçre hukuku bakımından aynı yönde bkz. Müller, OR Art. 11, kn. 108.

⁵⁷ BGH, Urteil vom 15.5.2014—III ZR 368/13, *Neue Juristische Wochenschrift*, (39) 2014, s. 2858; Wendtland, BGB § 126b, kn. 8; Schmitz, s. 94-95. İsviçre Hukuku bakımından aynı yönde bkz. Müller, OR Art. 11, kn. 105-106, 109.

⁵⁸ BGH, Urteil vom 15.5.2014—III ZR 368/13, *Neue Juristische Wochenschrift*, (39) 2014, s. 2858; Wendtland, BGB § 126b, kn. 8; Schmitz, s. 94-95. İsviçre Hukuku bakımından aynı yönde bkz. Müller, OR Art. 11, kn. 109. İsviçre Hukuku yönünden bir görüş, metnin

başkasına iletilebilirliği olarak anlaşılmalıdır⁵⁹. Özellikle elektronik ortamda gönderilen bir e-postanın ya da mobil mesajların bu özelliği taşıdığı açıktır⁶⁰.

Metnin fiziki olarak çıktısının alınmış olması ya da başkasına iletilmiş olması gerekli olmayıp, bu özelliğe imkân verecek şekilde kaydedilmiş ve saklanmış olması yeterlidir⁶¹.

C. Metinde Muhatabın Adının Yer Alması

BGB § 126b'nin ikinci cümlesinin birinci bendinde, muhataba şahsen yöneltilen bir beyandan söz edilmektedir⁶². Dolayısıyla, metinde muhatabın adının bulunması gereklidir⁶³. Doktrinde bir görüşe göre, beyanın; muhataba her zaman kişisel olarak hitap edilmiş olması şart değildir, ona yöneltilmiş olduğunun anlaşılabilir olması da yeterlidir⁶⁴.

D. Beyan Sahibinin Adının Metinde Yer Alması ya da Kalıcı Veri Saklayıcısından Anlaşılması

BGB § 126b'nin ikinci cümlesine göre, beyanda bulunan⁶⁵ kişinin adının yer aldığı okunaklı bir açıklama bulunmalıdır. Bu gereklilik, beyanın kimden geldiğinin tespit edilmesi bakımından önemlidir. Yazılı şekilde, imza zorunluluğuyla sağlanan bu gereklilik; metin şeklinde, sadece beyanda

değiştirilememe özelliğine sahip olmasının gerekli olmadığını; buradaki tek gerekliliğin kalıcı kanıt olduğunu, bu sebeple elektronik olarak gönderilen bir Word belgesinin de bu şartı sağlayacağını; zira bir kâğıt çıktının dahi çok çaba sarf etmeden mevcut teknik olanaklar çerçevesinde kolaylıkla değiştirilebileceğini ifade ederek aksi yönde görüş bildirmiştir. Bkz. Emmenegger/Kurzbein, OR 2020, Art. 25, kn. 9; Yağcıoğlu, s. 104.

⁵⁹ Wendtland, BGB § 126b, kn. 4.

⁶⁰ David Poguntke/Martin von Villiez, "Digitale Dokumente und elektronischer Rechtsverkehr im Arbeitsrecht", *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht*, (16), 2019, s. 1098; Zahrte, s. 281; Wendtland, BGB § 126b, kn. 9; Dorner, BGB § 126b, kn. 4.

⁶¹ Wendtland, BGB § 126b, kn. 9; Spindler, BGB § 126b, kn. 5; Schmitz, s. 94, 95; Steinbach-Martens/Prasse, BGB § 491a, kn. 3; Winkler/Teubel, RVG § 3a, kn. 20, 21; Zahrte, s. 280; Gragert/Wiehe, s.313. İsviçre Hukuku bakımından aynı yönde bkz. Emmenegger/Kurzbein, OR 2020, Art. 25, kn. 7.

⁶² Bu ifadenin eleştirisi için bkz. Einsele, BGB § 126b, kn. 5.

⁶³ İsviçre Hukuku bakımından bkz. Bkz. Emmenegger/Kurzbein, OR 2020, Art. 25, kn. 10; Müller, OR Art. 11, kn. 110.

⁶⁴ Wendtland, BGB § 126b, kn. 10.

⁶⁵ Her ne kadar BGB § 126b'de "açıklayan (beyanda bulunan) (*der Erklärender*)" ifadesi kullanılmışsa da bu ifade, BGB 126/1 ve 126a/1'deki "düzenleyen (*die Aussteller*)" ifadesi ile eşit tutulmalıdır. Bkz. Einsele, BGB § 126b, kn. 7; Schmitz, s. 95.

bulunanın adının bulunması zorunluluğuyla karşılanmaktadır⁶⁶. Beyanda bulunan kişinin adı, metnin sonunda yer alabileceği gibi; içeriğinde veya üst kısmında da yer alabilir. Örneğin; antetli bir kağıtla gönderilen metinde beyan sahibinin adı üst kısımda gösterilmiş olabilir⁶⁷.

BGB § 126b'deki bu gereklilik, açıkça isim yer almasa da tarafların arasındaki ilişki çerçevesinde metnin kim tarafından gönderildiğinin açık bir şekilde anlaşıldığı hallerde de sağlanmış olacaktır⁶⁸. Özellikle, taraflar arasındaki ilişkide beyanda bulunanı tanımlayan bir ifade mevcutsa, örneğin, bir kira ilişkisi çerçevesinde gönderilen bir metinde, gönderenin kendisini ev sahibi (kiralayan) olarak tanıttığı haller böyledir⁶⁹. Bu bağlamda beyanda bulunanın sadece adını belirtip soyadını yazmamış olması da kanaatimizce yeterlidir.

Beyanda bulunan kişinin adının metnin içeriğinde yer almadığı ancak kalıcı veri saklayıcısından onun tarafından gönderildiğinin açıkça anlaşıldığı hallerde de bu gerekliliğin sağlandığı kabul edilmelidir. Örneğin, bir e-posta veya SMS gibi elektronik ortamla ya da USB bellek, CD gibi elektronik araçla bir beyanın ulaştırıldığı hallerde, e-posta adresi veya dosya adı gibi verilerle beyan sahibinin adı kalıcı veri saklayıcısından kolaylıkla anlaşılabilirse, durum böyledir⁷⁰.

Tüzel kişiler söz konusu olduğunda, metni oluşturan ya da imzaya yetkili kimsenin adının bulunması gerekli olmayıp, sadece tüzel kişinin adının bulunması yeterlidir⁷¹.

⁶⁶ Einsele, BGB § 126b, kn. 7; Spindler, BGB § 126b, kn. 8. İsmi yerine okunaklı bir imzanın bulunmasının da yeterli olduğu yönünde bkz. Spindler, BGB § 126b, kn. 8; Steinbach-Martens/Prasse, BGB § 491a, kn. 3; Winkler/Teubel, RVG § 3a, kn. 23. İsviçre Hukuku bakımından, OR 2020'de bu şartın ilgili hükümde belirtilmemiş olmasına rağmen, gerekli bir şart olacağı doktrinde ifade edilmiştir. Bkz. Emmenegger/Kurzbein, OR 2020, Art.25, kn. 10.

⁶⁷ Poguntke/Villiez, s. 1098; Wendtland, BGB § 126b, kn. 6; Spindler, BGB § 126b, kn. 8; Steinbach-Martens/Prasse, BGB § 491a, kn. 3; Winkler/Teubel, RVG § 3a, kn. 23.

⁶⁸ Poguntke/Villiez, s. 1098; Wendtland, BGB § 126b, kn. 6; Spindler, BGB § 126b, kn. 8; Schmitz, s. 95.

⁶⁹ Wendtland, BGB § 126b, kn. 6; Spindler, BGB § 126b, kn. 8; Mansel, BGB § 126b, kn. 2.

⁷⁰ Poguntke/Villiez, s. 1098; Wendtland, BGB § 126b, kn. 6; Spindler, BGB § 126b, kn. 8.

⁷¹ BGH, Urteil vom 7.7.2010-VIII ZR 321/09(LG Itzehoe), *Neue Juristische Wochenschrift*, (40) 2010, s.2946; Wendtland, BGB § 126b, kn. 6; Spindler, BGB § 126b, kn. 8.

E. Metnin Tamamlanmış Olduğunun Muhatap Tarafından Anlaşılabilir Olması

Metin şeklinin işlevini yerine getirebilmesi, ancak metnin tamamlanmış yani metindeki beyanın bağlayıcı ve eksiksiz olduğunun muhatap tarafından anlaşılabilir olmasıyla mümkündür⁷². 13.6.2014 tarihli değişiklikten önce BGB § 126b'da bu unsura açıkça yer verilmişti. Son halinde yer almasa da bu unsurun, metin şeklinin doğasında bulunması gereken bir unsur olduğu kabul edilmektedir⁷³.

Yazılı şekilde imza ile sağlanabilen tamamlanma olgusu, metin şeklinde metnin sonuna yazılan adla; tarihle; selam, saygı, iyi dilek ifadesiyle ya da son ifadesiyle gerçekleştirilebilir. Hatta taranmış bir imzaya yer verilmesiyle de bu gereklilik sağlanabilir⁷⁴. Sözelimi metnin e-posta eki niteliğindeki bir Word belgesinde yer alması ancak belge içeriğinde tamamlandığına yönelik bir ifadeye veya işarete yer verilmemesi ihtimalinde, o metnin tamamlanmamış sayılması gerekir⁷⁵.

F. Metnin Kalıcı Veri Saklayıcısı Aracılığıyla Muhataba İletilmiş Olması

Metin şeklinin yukarıda sayılan unsurlara sahip olarak hazırlanmış olması, bu şeklin yerine getirilmiş olması için yeterli değildir; ayrıca metnin kalıcı veri saklayıcısı aracılığıyla muhabata iletilmiş olması da gereklidir⁷⁶. Metin şeklinin öngörülmüş olduğu tüm düzenlemeler göz önünde tutulduğunda, bu şeklin amacını yerine getirebilmesi, metnin muhabata iletilmiş olmasını gerekli kılar⁷⁷. Beyan sahibi metni, e-posta veya SMS gibi elektronik ortam aracılığıyla ulaştırdığı takdirde, bu konuda aksine bir bildirim almadığı sürece, muhabata iletme gerçekleşmiş sayılır. Gerçekte bağlantı sorunları veya teknik bir sorun nedeniyle metnin muhabata iletilmemiş olması ihtimalinde, bu

⁷² Einsele, BGB § 126b, kn. 8; Nissel, 4.2; Mansel, BGB § 126b, kn. 2.

⁷³ Mansel, BGB § 126b, kn. 2; Binder, s. 333; Schmitz s. 96.

⁷⁴ Spindler, BGB § 126b, kn. 9; Preis, BGB § 127, kn. 30a; Winkler/Teubel, RVG § 3a, kn. 24; Lammel, BGB § 550, kn. 87; Hans-Joachim Musielaks, "Vertragsfreiheit und ihre Grenzen", *Juristische Schulung*, (10), 2017, s. 953; Binder, s. 334; Steinbeck, s. 650; Noack, s. 1897. İsviçre Hukuku bakımından aynı yönde bkz. Emmenegger/Kurzbein, OR 2020, Art. 25, kn. 11; Yağcıoğlu, s. 104.

⁷⁵ Mansel, BGB § 126b, kn. 2.

⁷⁶ Einsele, BGB § 126b, kn. 11; Mansel, BGB § 126b, kn. 3.

⁷⁷ Wendtland, BGB § 126b, kn. 13.

unsuru yerine getirdiğini ispat yükü beyan sahibi üzerinde olmalıdır⁷⁸. Bu konuda ispat sorununu aşabilmek adına, özellikle elektronik ortamda iletilen metinler için, onay veya teyit taleplerinin istenmesi tavsiye edilmektedir⁷⁹.

SONUÇ

Teknolojiyle beraber gelişen ve değişen alışkanlıklar ve yaşam tarzı hukukun da değişmesine ve gelişmesine neden olmaktadır. Günümüzde, iletişimde kullanılan araçların artması ve çeşitlenmesi, hukuki ilişkileri de etkilemiş; hız, zaman ve dijitalleşme gibi unsurlar ön plana çıkmıştır. Özellikle, bir hukuki işlemin yapılması ve bir irade beyanın açıklanması alışılmışın dışındaki şekillerde vücut bulmaya başlamıştır. Hukukun bu gelişime ve değişime kayıtsız kalması beklenemez. Nitekim BGB § 126b hükmü, bu değişime kayıtsız kalmayarak, klasik şekil türleri yanında yeni bir şekil türü olarak metin şekline (textform) yer vermiştir. Bu düzenleme öncesinde özel hükümlerde yer alan metin şeklinin, genel bir hüküm olarak düzenlenmiş olması, İsviçre Hukuku bakımından da etkili olmuş, OR 2020 Tasarısı'nın 25'inci maddesinde yerini almıştır. Her ne kadar İsviçre'de yürürlükteki OR'de metin şekline ilişkin genel bir düzenleme olmasa da bu şekil türünün hem özel düzenlemelerde yer bulduğu hem de doktrin tarafından yeni bir şekil türü olarak benimsendiği görülmektedir.

Hukukumuz bakımından ise açıkça metin şekli ifadesi kullanılırsa da TKHK'da ve bazı yönetmeliklerde "kalıcı veri saklayıcısı" kavramıyla bütünlük şeklinde bu şekil türünün ele alındığı gözlemlenmektedir. Bu hükümler karşısında, doktrinde, şekil türleri arasında sayılmasa da metin şeklinin hukukumuzda da yer bulduğu belirtilmelidir. Ancak Alman Hukukunda olduğu gibi hukukumuzda konuyla ilgili genel bir düzenlemenin olmaması ve "metin şekli" terimine yer verilmemesi karşısında, bu boşluğu doldurmak ve doktrinde bir farkındalık oluşturmak önem taşımaktadır. Bunun için metin şeklinin, özellikle Alman ve İsviçre Hukuku temelli olarak incelenmesi, hukukumuz açısından gelecekte gerçekleştirilecek olası kanun değişikliğine de ışık tutacaktır.

Metin şekline ilişkin BGB § 126b hükmünün amacı, metnin içerdiği irade açıklamasının türüne göre farklılık göstermektedir. Uygulamada bu şekil türüne, bilgilendirme ve belgelendirme amacıyla; istisnai de olsa bir

⁷⁸ Einsele, BGB § 126b, kn. 11.

⁷⁹ Einsele, BGB § 126b, kn. 13; Mansel, BGB § 126b, kn. 3; Lammel, BGB § 550, kn. 89.

hukuki işlemin geçerlilik şartını karşılama amacı çerçevesinde yer verildiği söylenebilir. Şeklin uyarı, kontrol ve özellikle ispat işlevleri, bilgilendirme ve belgelendirme amaçlarına nazaran geçerlilik şartı olarak metin şeklinin öngörülmesi ihtimalinde daha belirgindir. Metin şekli, diğer şekilleri (adinitelikli yazılı şekil, resmi şekil) ikame edemezken; diğer şekiller, metin şeklini ikame edebilir.

Metin şeklinden söz edebilmek için; okunaklı bir metnin varlığı, metnin kalıcı veri saklayıcısında yer alması, metnin muhataba hitaben yazılmış olması, beyan sahibinin adının metinde yer alması ya da kalıcı veri saklayıcısından anlaşılabilir olması, metnin tamamlanmış olduğunun muhatap tarafından anlaşılabilir olması, metnin kalıcı veri saklayıcısı aracılığıyla muhataba iletilmiş olması gereklidir. Okunaklı bir metin için, muhatap tarafından çaba sarf etmeden okunabilme ve anlaşılabilme gerekir; kullanılan yazı tipi ve dil bu noktada önem taşır. Kalıcı veri saklayıcısı, elektronik bir araç veya ortam olabileceği gibi kâğıt da olabilir. Kalıcı veri saklayıcısı olan elektronik araçlarda veya ortamlarda, kaydedilebilirlik, saklanabilirlik ve çoğaltılabilirlik özelliklerinin var olup olmadığı ayrıca değerlendirilmelidir. Metnin şahsen muhataba yöneltmiş olması gerekir. Metinde veya kalıcı veri saklayıcısında beyan sahibinin adına açıkça yer verilmemiş olsa da mevcut hukuki ilişkisi çerçevesinde bu anlaşılabiliriyorsa yeterlidir. Beyanın tamamlanmış olduğunun muhatap tarafından anlaşılabilmesi için, metnin bağlayıcı ve eksiksiz olması önemlidir, bunun için metnin sonuna tamamlayıcı bir ifade eklenmelidir. Metin şekli için sayılan unsurlar yanında ayrıca metnin kalıcı veri saklayıcısı aracılığıyla muhataba iletilmiş olması unsurunun gerçekleşmesi de gereklidir.

KAYNAKÇA

- Antalya O G, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt I*, Legal Yayıncılık 2015.
- Armbrüster C, “VVG § 7”, Theo Langheid, Manfred Wandt (Ed.), *Münchener Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz, Band 1, §§ 1-99, VVG-InfoV*, 3. Auflage, C.H.Beck Verlag 2022.
- Battendorf J, “Elektronische Dokumente und Formqualität”, *Rheinische Notar-Zeitschrift*, (6), 2005, s. 277-294.
- Bayreuther F, “Formzwang und-qual im Arbeits- bzw. Nachweisrecht”, *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht*, (10), 2023, s. 593-599.
- BinderA, “VonderSchriftformzurTextform–WasistbeiHonorarvereinbarungen zu beachten?”, *Zeitschrift für deutsches und internationales Bau-und Vergaberecht*, (4), 2021, s. 332-334.
- Cansel E/Özel Ç, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt I*, 2. Bası, Seçkin Yayınevi 2017.
- Çetiner B/Furrer A/Müller Chen M, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Oniki Levha Yayıncılık 2021.
- Dorner H, “Buch 1 Allgemeiner Teil”, Reiner Schulze (Ed.), *Bürgerliches Gesetzbuch Handkommentar*, 11. Auflage, Nomos Verlag 2022.
- Einsele D, “BGB § 126b”, Franz Jürgen Säcker, Roland Rixecker, Hartmut Oetker, Bettina Limperg (Ed.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1*, 9. Auflage C.H.Beck Verlag 2021.
- Emmenegger S/Kurzbein R, “Art.22”, Claire Huguenin, Reto M.Hilty (Ed.), *Schweizer Obligationenrecht 2020*, Schulthess Verlag 2013, (OR 2020, Art. 22).
- Emmenegger S/Kurzbein R, “Art.25”, Claire Huguenin, Reto M.Hilty (Ed.), *Schweizer Obligationenrecht 2020*, Schulthess Verlag 2013, (OR 2020, Art. 25).
- Eren F, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 25. Baskı, Yetkin Yayınevi 2020.
- Gragert N/Wiehe H, “Das BAG im Strudel neuer Medien-Die gesetzliche

Schriftform rechtsgeschäftsähnlicher Handlungen im Arbeitsrecht”,
Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht, (6), 2001, s. 311-314.

Gümüş M A, *Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri*, Yetkin Yayınevi 2021.

Hatemi H/Gökyayla E, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, 5. Bası, Filiz Kitabevi
2021.

Huguenin C/Meise B, “OR 2020: Braucht die Schweiz ein neues Vertragsrecht?–
Eine Einführung”, *Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts-und
Finanzmarktrecht*, (4), 2015, s. 280-300.

Janal R, “Die Errichtung und der Zugang einer Erklärung in Textform gem. §
126b BGB”, *Monatsschrift für Deutsches Recht*, 60 (7), 2006, s. 368-
373.

Kılıçoğlu A M, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 21. Baskı, Turhan Kitabevi
2017.

Kues J H, “VOB/B § 1 Abs.4”, Hans Ganten, Günter Jansen, Wolfgang Voit
(Ed.), *Beck'scher VOB-Kommentar, Teil B*, 4. Auflage, C.H.Beck Verlag
2023.

Lammel S, “BGB § 550”, Ulf. P Börstingshaus (Ed.), *Schmidt-Futterer,
Mietrecht*, 15. Auflage, C.H.Beck Verlag 2022.

Lehmann J/Rettig S, “Rechtliche Vorgaben für Kunden-Online-Postfächer”,
Neue Juristische Wochenschrift, (9), 2020, s. 569-574.

Liebscher T, “GmbHG § 48”, Wulf Goette, Holger Fleischer (Ed.), *Münchener
Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter
Haftung, (GmbHG), Band 2*, 4. Auflage, C.H.Beck Verlag 2023.

Mallman R A/Heinrich E D, “Schriftform bei Geschäften im Internet”,
Zeitschrift für Rechtspolitik, (11), 2020, s. 470-473.

Malzer H M, “Zivilrechtliche Form und prozessuale Qualität der digitalen
Signatur nach dem Signaturgesetz”, *Deutsche Notar-Zeitschrift*, (2),
1998, s. 96-121.

Mansel H P, “BGB § 126b”, Rolf Stürmer (Ed.), *Jauernig Bürgerliches
Gesetzbuch Kommentar*, 19. Auflage, C.H.Beck Verlag 2023.

- Müller C, *Berner Kommentar, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Art.1-18 OR mit allgemeiner Einleitung in das Schweizerische Obligationenrecht*, Stämpfli Verlag 2018.
- Musielaks H J, “Vertragsfreiheit und ihre Grenzen”, *Juristische Schulung*, (10), 2017, s. 949-954.
- Neuhaus K J, *Berufsunfähigkeitsversicherung*, 4. Auflage, C.H.Beck Verlag 2020.
- Nies G, “Mieterhöhungsbegehren und Schriftform des § 550 BGB?”, *Neue Zeitschrift für Miet- und Wohnungsrecht*, (19), 2009, s. 687-688.
- Nissel R, *Rechtsgeschäftsmodernisierungsgesetz, 2001, Einführung zum Gesetz zur Anpassung der Formvorschriften des Privatrechts und anderer Vorschriften an den modernen Rechtsgeschäftsverkehr*, <ht tps://016a1bd0e3cab9faf1500f1134a3b63d150fda46.vetisonline.com/?vpath=bibdata/komm/NisKoRGModG_1/cont/NisKoRGModG.glud1.gl4.gl42.htm> Erişim Tarihi 30 Kasım 2023.
- Noack U, “Digitaler Rechtsverkehr: Elektronische Signatur, elektronische Form und Textform”, *Deutsches Steuerrecht*, (44), 2001, s. 1893-1897.
- Nomer H N, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 18. Bası, Beta Yayınevi 2021.
- Oğuzman K/Öz T, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt I*, 16. Bası, Vedat Kitapçılık 2018.
- Özbilen A B, *Sözleşmelerin Şekli ve Şekil Yönünden Hükümsüzlüğü*, Oniki Levha Yayıncılık 2016.
- Poguntke D/von Villiez M, “Digitale Dokumente und elektronischer Rechtsverkehr im Arbeitsrecht”, *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht*, (16), 2019, s. 1097-1105.
- Preis U, “BGB § 127”, Rudi Müller Glöge, Ulrich Preis, Ingrid Schmidt (Ed.), *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, 23. Auflage, C.H.Beck Verlag 2023.
- Preis U/Schwarz K, “Reform des Teilzeitarbeitsrechts”, *Neue Juristische Wochenschrift*, (51), 2018, s. 3673-3679.

- Probst T, “§ 5 Konsumentenschutz durch Information und Vertragsentbindung”, Helmut Heiss, Leander D. Loacker (Ed.), *Grundfragen des Konsumentenrechts*, Schulthess Verlag 2020.
- Romermann V, “GmbHG § 48”, Lutz Michalski, Andreas Heidinger, Stefan Leible, Jessica Schmidt (Ed.), *Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbH-Gesetz): GmbHG, Band 2*, 4. Auflage, C.H.Beck Verlag 2023.
- Schäfer H, “Vereinsrecht: Einladung zur Mitgliederversammlung per WhatsApp”, *Neue Juristische Online-Zeitschrift*, (45), 2023, s. 1376-1379.
- Schmitz M W, *Die Digitalisierung der gesetzlichen Formen*, (Diss. Universität Passau, Juristische Fakultät), 2021, <file:///C:/Users/Administrator/Downloads/Schmitz_Moritz_Digitalisierung%20(1).pdf>, Erişim Tarihi 1 Aralık 2023.
- Spindler G, “BGB § 126b”, Gerald Spindler, Fabian Schuster (Ed.), *Recht der elektronischen Medien Kommentar*, 4. Auflage, C.H.Beck Verlag 2019.
- Steinbach-Martens D/Prasse C, “BGB § 491a”, Reiner Schulze, Herbert Grziwotz, Rudolf Lauda (Ed.), *BGB: Kommentiertes Vertrags- und Prozessformularbuch*, 4. Auflage, Nomos Verlag 2020.
- Steinbeck A, “Die neuen Formvorschriften im BGB”, *Deutsches Steuerrecht*, (16), 2003, s. 644-650.
- Şenocak Z, “Dijital İmza ve Dijital İmzanın Borçlar Kanunu Hükümleri Açısından Ele Alınması”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 50 (2), 2001, s. 97-135.
- Tercier P/Pichonnaz P/Develioğlu H M, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 2. Baskı, Oniki Levha Yayıncılık 2020.
- Thalmair P, “Kunden-Online-Postfächer: Zugang von Willenserklärungen und Textform”, *Neue Juristische Wochenschrift*, (1/2), 2011, s. 14-19.
- Wendtland H, “BGB § 126b”, Wolfgang Hau, Roman Poseck (Ed.), *BeckOK BGB*, 67. Edition, 2023, (beck-online, Erişim Tarihi 2 Ağustos 2023).

Wicki-Birchler D/Dobec M, "Unterschreiben von Verträgen im digitalen Raum", *Aktuelle Juristische Praxis*, (3), 2023, s. 278-285.

Winkler K/Teubel J, "RVG § 3a Vergütungsvereinbarung", Hans-Jochem Mayer, Ludwig Kroiß (Ed.), *Rechtsanwaltsvergütungsgesetz: RVG, Handkommentar*, 8. Auflage, Nomos Verlag 2021.

Yağcıoğlu, Ali Haydar: *Model Bir Kanun Tasarısı Niteliğindeki "İsviçre Borçlar Kanunu'nun Genel Hükümleri Hakkındaki 2020 Tasarısı (OR 2020)" Hükümlerine İlişkin Açıklamalar*, Adalet Yayınevi 2021.

Zahrte K, "Rechtliche Anforderungen an elektronische Postfachlösungen von Banken–zugleich eine Besprechung von EuGH C-375/15 (BAWAG/VKI)", *Zeitschrift für Bank- und Kapitalmarktrecht*, (7), 2017, s. 279-284.

KAMU HUKUKU >>

BOŞ

Hukuk Fakültesi Dergisi

Ankara Hacı Bayram Veli University
Faculty of Law Review

ISSN: 2651-4141 e-ISSN: 2667-4068
Cilt/Volume XXVIII Temmuz/July 2024 Sayı/No. 3

FIKİH VE HUKUK TERİMLERİ VE KAVRAMLARI ÜZERİNE

ON FİQH AND LAW TERMS AND CONCEPTS

Ramazan ÇAĞLAYAN*  

ÖZET

Fıkıh ve hukuk, kelime olarak Arapça olup İslâm medeniyetine aittir. Ancak kavram olarak böyle değildir. Kavram olarak fıkıh İslâm medeniyetine ait iken, kavram olarak hukuku, batılı hukukçular kullanıma sokmuştur. Onlardan da Müslüman hukukçular iktibas etmişlerdir. Fıkıh yerine hukuk kavramının kullanıma girmesine de Müslüman hukukçulardan herhangi bir itiraz gelmemiştir. Arapça “hak” kelimesinin çoğulu olan “hukuk” kelime anlamı “haklar” demektir. Hak kelimesinin çoğulu olarak “hukuk”, dilimizde öteden beri bilinmekte ve kullanılmaktadır. Ülkemiz hukuk dilinde, hukuk teriminin “uyulması zorunlu kurallar bütünü” anlamında kullanımı, 1850’lerden sonra olduğu anlaşılmaktadır. Hukuk kelimesinin uyulması zorunlu kurallar bütünü anlamında kullanımı, 1880’lerden sonra kaleme alınan hukuk lugatlarında da yer almaya başlamıştır.

Anahtar Kelimeler: Fıkıh, Hukuk, Şeriat, Kitap, Terim

ABSTRACT

Fiqh and law are Arabic words and belong to Islamic civilization. However, this is not the case as a concept. While fiqh as a concept belongs to the Islamic civilization, law as a concept was introduced into use by western jurists. Muslim jurists also quoted from them. There was no objection from Muslim jurists to the use of the concept of

* **Prof. Dr.**, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku Anabilim Dalı/ANKARA, **e-posta:** caglayanhukuk@yahoo.com, **ORCID:** 0000-0003-1658-3178, **DOI:** 10.34246/ahbvuhfd.1402461.

- Atıf Şekli/ **Cite As:** Çağlayan R, “Fıkıh ve Hukuk Terimleri ve Kavramları Üzerine”, *AHBVÜ Hukuk Fakültesi Dergisi*, 28(3), 2024, s.159-174.
- İntihal / **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.*



law instead of fiqh. The word “law”, which is the plural of the Arabic word “right”, means “rights”. The plural of the word “right”, “law”, has been known and used in our language for a long time. In our country’s legal language, it is understood that the term law was used in the sense of “a set of rules that must be followed” after the 1850s. In Ottokar von Schlechta’s work named “Kitab-ı Hukuk-ı Milel” (فوق ح باتك) (للّم فوق ح), published in Vienna in 1847 (published in Istanbul in 1880 under the name “Hukuk-ı Milel”), the word “law” was first used. It is stated that it is often used in the sense of “set of rules”. The name of the article published by Ali Suâvî in the 1871 (1287) copy of the “Ulûm Newspaper” published in Paris is “Duruva-İlm-i Usûlü’l-Hukûk”. Among the courses of Mekteb-i Mülkiye, which started education in 1859, there is a course called “hukuk-ı milel”. The use of the word law in the sense of a set of rules that must be followed began to appear in legal dictionaries written after the 1880s.

Keywords: Fiqh, law, sharia, book, term

EXTENDED ABSTRACT

Fiqh and law are Arabic words and belong to Islamic civilization. However, this is not the case as a concept. While fiqh as a concept belongs to the Islamic civilization, law as a concept was introduced into use by western jurists. Muslim jurists also quoted from them. There was no objection from Muslim jurists to the use of the concept of law instead of fiqh. The word “law”, which is the plural of the Arabic word “right”, means “rights”. The plural of the word “right”, “law”, has been known and used in our language for a long time. In our country’s legal language, it is understood that the term law was used in the sense of “a set of rules that must be followed” after the 1850s. In Ottokar von Schlechta’s work named “Kitab-ı Hukuk-ı Milel” (فوق ح باتك) (للّم فوق ح), published in Vienna in 1847 (published in Istanbul in 1880 under the name “Hukuk-ı Milel”), the word “law” was first used. It is stated that it is often used in the sense of “set of rules”. The second volume of Paul Pradier-Fodéré’s work “Principes Généraux de Droit de Politique et de Legislation” was published in Istanbul in 1875 (1290) by Kani Paşazâde Rifat with the title “Hukuk-ı Umumiyye”. When did “law” begin to be used as a concept in our legal language? The name of the article published by Ali Suâvî in the 1871 (1287) copy of the “Ulûm Newspaper” published in Paris is “Duruva-İlm-i Usûlü’l-Hukûk”. Among the courses of Mekteb-i Mülkiye, which started education in 1859, there is a course called “hukuk-ı milel”. The use of the word law in the sense of a set of rules that must be followed began to appear in legal dictionaries written after the 1880s. Among the courses to be taught in Darulfünûn’s branch of law or school of law, there are courses such as “Roman Law”, “Law of Administration”, “Law of Law” and “İlm-i Hukuk of Milel”. Since the 1880s, “Medhal-i İlmi Hukuk”, Telhis-i Hukuk-ı Dâvel”, “Laws of Administration”, “Laws of Politics-i Osmaniyye-i Dahiliyye”, “Laws of Administrative Sciences” Textbooks started to be written with the names”. The use of the word law in the sense of a set of rules that must be followed began to appear in legal dictionaries written

after the 1880s. In *Public Law* dated 1880 (1305) published by Hüseyin GÂLİP, the word and concept of “law” is included and defined as follows: “Law; It is the group of people who can be forced to comply with the external actions of members of the social group”. In Şemsettin SAMİ’s *Kamus-ı Türki* dated 1901 (1317), in the explanation of the word “right”, after giving meanings such as righteousness, what is real, the equivalent of falsehood, justice, something that belongs to someone, “cemi’: Talking about everyone’s rights, receivables and justice. The explanation is given as “science, sharia, fiqh, law, science of law, school of law”. As can be understood from the explanations so far, the word “law” in the sense of “a set of rules that must be followed” began to be used in the second half of the 1800s and gained its current meaning in the 1890s. In summary, both “fiqh” and “law” are Arabic words and belong to the Islamic civilization. However, while “fiqh” as a concept belongs to Islamic civilization, “law” as a concept is an invention of western civilization. In other words, law, in the sense of a set of rules that must be followed, was first used by Western scientists and then entered our legal language from them. The concept of fiqh is broader than the concept of law in terms of its scope. The concept of fiqh includes cleanliness, belief and worship, as well as the set of rules that we refer to as law today. However, the concept of law only refers to the set of rules that must be followed.

GİRİŞ

İslâm tarihinin 800’lü yıllarında yerleşen ve Osmanlı Devleti’nde de kuruluşundan itibaren “fıkıh” (“şer’, “şer’-i şerîf”, şerîat) kelime ve terimi kullanılırken; uyulması gereken kurallar bütünü anlamında “hukuk” kelimesi, 1800’ün ikinci yarısından itibaren hukuk dilimizde kullanılmaya başlanmıştır. Fıkıh ve hukuk, kelime olarak Arapça olup İslâm medeniyetine aittir. Ancak kavram olarak böyle değildir. Kavram olarak fıkıh İslâm medeniyetine ait iken, kavram olarak hukuku, batılı hukukçular kullanıma sokmuştur. Onlardan da Müslüman hukukçular iktibas etmişlerdir. Fıkıh yerine hukuk kavramının kullanıma girmesine de Müslüman hukukçulardan herhangi bir itiraz gelmemiştir. Bu gün fıkıhla iştigal edenler de dâhil olmak üzere yaygın bir şekilde fıkıh yerine hukuk kavramı kullanılmaktadır. Hatta bizde hukuk kavramının, fıkıh kavramını neredeyse tamamen kullanımdan çıkardığı da söylenebilir. Oysa bu iki kavram menşe, kapsam, içerik, usûl ve sonuçları bakımından hayli farklılıklar içermektedir.

Bu çalışmada, kelime ve kavram olarak fıkıh ve hukukun ne anlama geldiği hakkında bilgi verdikten sonra, esas olarak hukuk teriminin, kavram olarak dilimize nasıl ve ne zaman girdiğini tespit etmeye çalışacağız.

I. KELİME VE KAVRAM OLARAK FIKIH

A. Kelime Olarak Fıkıh

Arapça bir kelime olan “fıkıh”, (fil hâli) sözlükte “*bir şeyi bilmek, iyi ve tam anlamak, derinlemesine kavramak*” anlamlarına gelmektedir. Kelimenin kökünde bulunan “yarmak” ve “açmak” anlamı da dikkate alındığında, “fıkıh” kelimesinin basit bir bilme ve anlama değil, söz konusu bilgiyi yarıp içine girmişçesine nüfuz etmek, künhüne vâkif olmak, bütün detaylarıyla bilmek olduğu sonucuna ulaşılır¹. BEŞER bu hususu şöyle açıklamaktadır:

“Kelimenin ism-i fâili “fakîh” ya da uzatmasız olarak “fakuh” şeklinde kullanılır. Çoğulu “fukahâ”dır. Kadın için “fakîhe” ya da yine uzatmasız olarak “fakuhe” denir. Bunun çoğulu da “fakâih” tir. Dilin bu özelliği, kadının da fakih olabileceğine işaret etmesi yönüyle önemlidir. “Tefâkuh”, meselenin inceliklerini (fikhını) teatî etme anlamına gelir. “Tefkîh” ya da “İfkâh” ise, talim gibi öğretme, kavratma demektir. Dışisine aşmakta mahir olan koç ya da boğaya da “fahlün fakîhün” tabir edilmesi, kelimenin kök anlamında bir maharet ve becerikliliğin de bulunduğunu gösterir ki, bu da yine işin inceliklerine vakıf olunmakla mümkündür. “Mufâkaha”, ilimde münazara anlamına geldiği gibi, kelimenin kökünün “fakaha-hu” şeklindeki kullanılışı da “ilimde rakibine galebe çaldı, onu yendi” demek olur. “Müstefkîha”, ölüsü için sayıp döken kadın demektir. Onun hayatında ağlamaya vesile olabilecek ne varsa onları didik didik araştırmasından ötürü bu adı almış olmalıdır”².

Kelimenin fıkıhla iştigal eden anlamında ism-i fâili erkek için “fakîh”, kadın için “fakîhe”; çoğulu erkek için “fukahâ”, kadın için ise “fakâih” şeklindedir.

Kur’ân-ı Kerîm’de fıkıh kelimesi, muhtelif fiil kalıplarıyla çok yerde geçmektedir. Meselâ Âraf Sûresi 179. âyette “*Onların kalpleri vardır, onlarla anlamazlar*” buyrulmaktadır. Yine Tevbe Sûresinin 122. âyetinde “*Onların her kesiminden bir gurup dinde yeterli bilgi sâhibi olmaya çalışmak ve seferden dönen topluluklarını uyarmak üzere geride kalmalıdır*” hükm-i celîli yer almaktadır.

Söz konusu ayetlerden bazıları şunlardır. “*Ne oldu bu topluluğa ki bir türlü söyleneni anlamıyorlar* (Nisa/78). “*Fakat onu anlamalarına engel*

¹ Faruk Beşer, “Bir Bilgi Türü Olarak Fıkıh ve Diğer Disiplinlerle İlişkisi”, *Usûl İslâm Araştırmaları*, 5(5), 2006, s.34.

² Beşer, s.34.

olmak için kalplerinin üstüne örtüler çektik” (En’âm/25). “İnanmıyorlar, çünkü onlar yaptıklarının bilincinde olmayan bir topluluktur” (Enfal/65). “De ki; cehennem ateşi çok daha sıcaktır, anlayabilselerdi” (Tevbe/81). “Kalpleri mühürlendi; artık anlayıp kavrayamazlar (Tevbe/87). “Anlamamakta direndikleri için Allah onların kalplerini haktan çevirmiştir (Tevbe/127). “Dediler ki; Şuayb biz senin söylediklerinin çoğunu anlamıyoruz” (H3ud/91). “Fakat siz onların tesbihlerini anlayamazsınız” (İsrâ/44). “Bunların ötesinde nerede ise hiçbir sözü anlamayan bir kavim buldu” (Kehf/93). “Ki sözümü iyi anlasınlar” (Tâ-hâ/25). “Oysa onlar (işin hakikatini) kavramakta güçlük çekiyorlar (Fetih/15). “Ama münafiklar anlamıyorlar!” (Münafikûn/7)³.

B. Kavram Olarak Fıkıh

“Fıkıh” kelimesinin (ve türevlerinin) Hazreti Peygamber’in hadislerinde de “hakkıyla ve gereği gibi kavrama-bilme” anlamında kullanıldığı görülmektedir. Bu alanda en meşhur olan “Allah kime hayır dilerse onu dinde fakîh kılar” şeklindeki hadistir⁴. Hadislerde fıkıh kelimesi bilinen “anlama” anlamında olduğu gibi düşünme, tetkik etme, künhüne vâkıf olma gibi muhtelif anlamlarda da yer almaktadır. Meselâ “Asıl fakîh Allahtan korkandır”, “Dinde tefakkuh etmeyen, bizim pazarımızla alışveriş yapamaz”, ve “Bir işin idaresine getirilmezden önce tefakkuh edin” hadislerindeki kullanım böyledir⁵. Sahabeler ve onlardan sonraki nesil de fıkıh kelimesini Kur’an’da ve hadislerdeki anlamlarında kullanmışlardır⁶. Vahyin ve Hazreti Peygamberin Medîne ve Mekke’deki ilk muhatapları Araplardı ve Arapça biliyorlardı. Dolayısıyla Hazreti peygamberin söylediklerini anlıyorlardı. O halde ayetlerde geçen “anlamazlar” ifadesi, basit bir anlamaya değil, derinlemesine kavramaya, idrak etmeye, künhüne varmaya işaret etmektedir.

Kur’anda bir defa geçen (bazılarının ilimle uğraşarak savaşa katılmaması gerektiği ayeti) “fıkıh” kelimesiyle aynı kökten olan “tefe’ul” kalıbından “tefakkuh”, daha da özel bir anlam ifade etmektedir. Arapçada fiil kalıplarından biri olan “tefe’ul” kalıbı, “bir şeyi ciddi çaba sarfederek elde etme” fiilleri için kullanılmaktadır⁷. Bu sebeple “tefakkuh” (fikhetmek),

³ Bkz. <https://kuran.diyanet.gov.tr/Tefsir/>, Erişim Tarihi 10.05.2024.

⁴ Tirmizî Ebu İsa, Sünen-i (Sahîh-i) Tirmizî, İlim, 110.

⁵ Söz konusu hadisler ve diğer hadisler için bkz. Beşer, s.30-40; Hayrettin Karaman, “Fıkıh”, <https://islamansiklopedisi.org.tr/fikih#1>, Erişim Tarihi 10.05.2024.

⁶ Beşer, s.40-42.

⁷ Bu hususta şu misalleri verebiliriz. Tefekkür: Derin düşünme; Tezekkür: Kendisini zorlaya-

uzmanlık gerektiren ciddi çaba sarfetmeyi icab ettiren, bunu yapanların savaşa (cihada) katılamaması için yeter bir gerekçe olacak kadar mühim bir iştir. Tefakkuh, zor ve ilmî disiplin içinde bir çaba gerektirmektedir. Öte yandan ayette herkesin değil, topluluktan bazılarının tefakkuh etmesinin istenmesi, işin zorluğunu ve ancak yeterli kabiliyete sâhip olanların bu işi yapabileceğine işaret etmektedir⁸.

Yukarıda ifâde edildiği üzere “fıkıh” kelimesi genel olarak “anlama, kavrama, idrâk etme, künhüne vâkıf olma” anlamlarına gelmektedir. Bu durum ise her konuyu kapsayacak genişliktedir. Ancak Kur’an’da ve hadislerde “fıkıh” kelimesi genel itibarıyla “din” ile bağlantılı olarak kullanılmaktadır. Fıkıh etmek, dîn-i islâmı anlamak, dinin esaslarını hakkıyla idrak etmek anlamındadır. Bu da dinin akideye, kelama, Kur’ana, hadislere ilişkin esasları kavramak anlamına gelmektedir. Bilinmeye en lâyük olan din olduğuna göre, “fıkıh” ıtlak edildiğinde sâdece “din ilmi” akla gelir olmuştur⁹. Bu sebeple İslâmın ilk dönemlerinde tüm dinî konular (dinî bilgiler) “fıkıh” adı altında ele alınmıştır¹⁰. Bu günkü anlamdaki fıkıh kadar, kelim, hadis, akâid, Kur’an bilimleri de fıkıh içinde yer alıyordu¹¹. İmam Ebû Hanife’ye atfedilen “*Fıkıh kişinin leh ve aleyhine olan şeyleri bilmesidir*” şeklindeki tanım, fıkıhın bu geniş anlamına uygun bir tanımdır. Nitekim İmam Ebû Hanife’nin kelim ilmine ilişkin olan eserinin adı “*Fıkhu’l-Ekber*”, yani “en büyük fıkıh” şeklindedir.

Daha sonraları dinî ilimler birbirlerinden ayrılarak ayrı ilim dalları hâline gelmiştir. Bu aşamada “fıkıh” da diğer dinî ilimlerden ayrı bir ilim dalı hâline dönüşmüştür. İmam Şâfi’ye (h.150/m.767-h.204/m.820) nispet edilen, “*Fıkıh, dinin amelî hükümlerini muayyen delil ve kaynaklarından çıkararak elde edilen bilgidir*” şeklindeki tarif yaygın olarak kabul görmeye başlamıştır¹². Bu târif, “fıkıh” kelimesinin, bu günkü anlamına evrilmesinin işaretidir. Giderek bu bilim dalı, “fıkıh” ya da “*fürû’i-l fıkıh*” ve “*usûlü’l-fıkıh*” şeklinde ikiye ayrılarak birbirinden ayrı bilim dalı olarak gelişmiştir.

rak hatırlama; Teşebbüh: Benzemeye çalışma; Tenezzül: Kendini zorlayarak râzi olma; Kendini zorlayarak katlanma.

⁸ Beşer, s.36-38.

⁹ Beşer, s.34-35.

¹⁰ Ahmet Bilgin, “İslam Hukukunda Gerçek Kişilerin Ehliyeti”, Doktora Tezi, *Dicle Üniversitesi SBE*, 1989, s.2

¹¹ Karaman, “Fıkıh”, <https://islamansiklopedisi.org.tr/fikih#1>, Erişim Tarihi 10.05.2024.

¹² Karaman, “Fıkıh”, <https://islamansiklopedisi.org.tr/fikih#1>, Erişim Tarihi 10.05.2024; Beşer, s.4.

Hülâsa ilm-i fıkıh ıstılâhında “fıkıh” (fürû’i- fıkıh), “*ibadet, ukûbat ve muamelata ait şer’î hükümlerin hey’et-i umumiyesi*”dir¹³. “Bu bağlamda “ilm-i fıkıh” aşağıdaki kısımlardan oluşmaktadır¹⁴:

(1) *İbadat*: Müslüman kişinin yaratıcıya karşı yapması gereken kulluk vazifeleri fıkıh ilminin incelediği konuların başında gelmektedir. Bu kısımda temizlik, abdest, namaz, oruç, zekât, hac ve diğer ibadetlere yer verilmektedir.

(2) *Münakehat*: Kişilik, evlenme (nikâh), boşanma (talak), nesep, nafaka, vesâyet ve mîras gibi konular bu bahis içinde yer almaktadır. Bu günkü ahval-i şahsiye konularına tekâbül etmektedir.

(3) *Muamelat*: Kişilerarası ilişkileri, kişilerle mallar arasındaki ilişkileri düzenleyen hükümleri ele alan kısımdır. Borçlar, alım-satım, kira, şirketler, fâiz ve benzeri konular buraya dâhildir.

(4) *Ukubat (cezalar)*: Tolumdaki kamu düzeninin sağlanmasına yönelik olan ve suç sayılan fiillerin neler olduğunu ve müeyyidelerinin (cezalarının) neler olduğunu inceleyen kısımdır. Hudud (had cezaları), kısas, cinayat, sarhoşluk, sirkat (hırsızlık), zina, kazf, riddet ve tazir cezaları, suç ve cezaya ilişkin diğer hususlar bu kısımda ele alınmaktadır.

(5) *Siyâset-i şer’iyye (Ahkâmu’s-sultâniyye)*: Yöneticilerle kişiler arasındaki münâsebetleri konu edinen, yöneticilerin yetkilerini, yönetilenlerin haklarının incelendiği kısımdır. Bu günkü anayasa hukuku ve idare hukuku konularına tekabül etmektedir.

(6) *Siyer (silm ve harb)*: İslâm devletii ile diğer devletlerarasındaki münasebetleri (sulh ve savaş) konu edinen kısımdır. Bu günkü devletler umumi hukukuna tekabül etmektedir.

(7) *Âdab*: Bu kısımda ahlâka, davranış güzelliklerine ilişkin konular ele alınmaktadır.

Görüldüğü üzere “fıkıh” kavramı, bu günkü “hukuk” kavramından daha geniş bir alanı ifade etmektedir. Özellikle fıkıh içinde yer alan “ibadet” ve “âdab”, bu günkü hukuk kavramı dışındadır. Şu hâlde hukuk, fikhin münakehat,

¹³ Ömer Nasuhi Bilmen, *Hukuk-ı İslamiyye ve Istılahat-ı Fıkhiyye Kamusu*, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1967-1970, s.14.

¹⁴ Zerkâ Mustafa Ahmed, *El-Madhal-il fikhü'l-Âm: İhracün cedidün bi-Tatvirin fi’l-Tertibi ve’l-Tebvibi ve Tiyâdât*, 1. Cild, Şam 2004 (h.1425), s.66-69; Hayrettin Karaman, *Anahatlarıyla İslâm Hukuku, 1- Giriş ve Amme Hukuku*, Ensar Neşriyat, 1984, s.25-26.

muamelat, ukubat, ahkâmu's-sultaniyye ve siyer kısımlarını içine almaktadır. Aşağıda üzerinde durulacağı üzere, bu gün "İslâm hukuku" deyimini, fıkıhın tamamını değil, fıkıhın hukuk alanına giren kısmını ifade etmektedir.

Usûlü'l-fıkıh (*ilm-i usûli'l-fıkıh/ilmu'l-usûl*) "şer'î hükümlerin, tafsilî delillerden çıkarılmasını (istinbatını) mümkün kılan kaideleri ve icmalî delilleri öğreten ilim" şeklinde tanımlanmaktadır¹⁵. Bu ilim, şer'î hükümlerin (hukukî hükümlerin), şer'î delillerden (kitap, sünnet, vs.) nasıl ve ne şekilde çıkarılabileceğini konu edinmektedir¹⁶. Buna hukuk metodolojisi diyebiliriz¹⁷. Yorum çeşitleri, kıyas, lafızların anlamları (hass, âmm, müşterek, hakiki, kinaye, mecaz anlamlar vs.), mefhum-ı muhalif, çakışan hükümler (tearuz) ve giderme yolları (nesih, tercih, terk vs.), hikmetü't-teşrî ve makasidü'ş-şerîa (hükümlerin hikmeti, gayesi vs.) gibi konular *ilm-i usûli'l-fıkıh*'ta incelenmektedir.

II. KELİME VE KAVRAM OLARAK HUKUK

A. Kelime Olarak Hukuk

Arapça "hak" kelimesinin çoğulu olan "hukuk", kelime anlamı "haklar" demektir. Hak kelimesinin çoğulu olarak "hukuk", dilimizde öteden beri bilinmekte ve kullanılmaktadır. Meselâ 1400'lü yılların başında Farsça'dan Türkçeye tercüme edildiği tahmin edilen *Ferec Ba'd eş-Şidde* isimli eserde "Atamun üzerinizde hakları vardır, ol hukûku yerine getürdün"¹⁸ şeklinde kullanılmıştır. Yine 1495-1561 yılları arasında kaleme alınan *Eş-Şekâ'ikun-Numâniyye* isimli eserde "dostlarının hukukunu gözetirdi"¹⁹; 1500'lü yıllarda telif edilen *Mi'râcü'l-Eyâle* isimli eserde "hukûkullâh", "hukûk-ı ibâd", "hukuk-ı ilâhî ve hukûk-ı nâs"²⁰; 1600'lü yılların başında kaleme alınan

¹⁵ Fahrettin Atar, *Fıkıh Usûlü*, Marmara Üniversitesi İlahiyat Vakfı Yayınları, 1988, s.3.

¹⁶ Atar, s.4.

¹⁷ Nitekim Muhammed Ebû Zahrâ'nın "Usûlü'l-Fıkıh" isimli eseri Abdulkadir Şener tarafından Türkçeye "İslâm Hukuk Metodolojisi (Fıkıh Usûlü)" şeklinde çevrilmiş ve bu husus çevirenin önsözünde ifade edilmiştir (Muhammed Ebû Zahrâ/Çev. Abdulkadir Şener, *İslâm Hukuk Metodolojisi (Fıkıh Usûlü)*, 1986.

¹⁸ *Ferec Ba'd eş-Şidde*, (Haz. Guorgy Hazai-Andreas Tietze, Çev. Ali Suat Ürgüplü, Türkiye Bilimler Akademisi, 2017, I. s.189.

¹⁹ Taşköprülüzâde Ahmed Efendi/Hazırlayan. Muhammed Hekimoğlu, *Eş-Şekâ'ikun-Numâniyye fi Ulemâi'd-Devleti'l Osmâniyye*, 2019, s.728.

²⁰ Âşık Çelebi/Haz. Muhammed Usame Onuş- Abdurrahman Bulut- Ahmet Çelik, *Mi'râcü'l-Eyâle-Âşık Çelebi'nin Siyâsetnâmesi*, 2018, no.22b- s.69, no.38b-s.96.

Hadâ'ikul-Hakâik isimli eserde “*murâ'î-i hukûk*”²¹; 1700'lü yılların başında kaleme alınan *Vekâyi'u'l Fuzalâ* isimli eserde “*hukûk-ı ibâd*”, “*murâ'î-i hukûk*”²² şeklinde, hakkın çoğulu olarak hukuk kelimesi kullanılmaktadır.

B. Kavram Olarak Hukuk

Bugün “hukuk” kelimesini, “toplum hayatını tanzim eden ve uyulması zorunlu kurallar bütünü” anlamında yaygın şekilde kullanılmaktadır. Meselâ medenî hukuk deyimini, medenî haklar anlamında değil, doğum, kişilik, evlenme-boşanma, miras, eşya ile ilişki gibi konulara ilişkin kurallar bütünü anlamında kullanılmaktadır. Sözlüklerde de hemen ikinci sırada bu anlam verilmektedir.

-“*Toplumunu düzenleyen ve devletin yaptırım gücünü belirleyen yasaların bütünü*”²³.

-“*Bir topluluğun yaşama tarzını tanzim eden ve devlet müeyyidesiyle desteklenen kaideler bütünü*”²⁴.

-“*İçtimai hayat nizamının muhafaza ve idamesi için cemiyet azası sıfatıyla fertlerle fertler veya cemiyetle -yani devletle- fertler, yahut muhtelif devletler arasındaki münasebetleri tanzim eden usûl ve kaidelerdir*”²⁵.

Ülkemiz hukuk dilinde, hukuk teriminin “uyulması zorunlu kurallar bütünü” anlamında kullanımı, 1850'lerden sonra olduğu anlaşılmaktadır. Bu tarihten önce, hukuk” terimine, uyulması zorunlu kurallar bütünü anlamı verilmediği görülmektedir. Meselâ Paris'te basılan 1831 tarihli *Vocabulaire français-turc* isimli sözlükte “*droit*” kelimesinin karşılığı olarak “insaf, adâlet, hak, ilm-i fıkıh” yazılmıştır²⁶. Yine 1835 tarihli Türkçe-Fransızca sözlükte “*houqouq*” kelimesinin karşılığı “*droits*” yani “*haklar*” şeklinde verildiği

²¹ Nev'izâde Atâyi/Hazırlayan. Suat Donuk, *Hadâ'ikul-Hakâik fi Tekmilet'iş-Şakâik*, I. Cilt, 2017, no.74b, s.486.

²² Şeyhî Mehmed Efendi/ Hazırlayan Ramazan Ekinci, *Vekâyi'u'l Fuzalâ-Şeyhî'nin Şakâik Zeyli*, 2, 2018, s.162, s.1109, s.1320.

²³ <https://sozluk.gov.tr/> , Erişim Tarihi 10.05.2024.

²⁴ D. Mehmet Doğan, *Doğan Büyük Türkçe Sözlük*, Vadi Yayınları, 15. Baskı, 2001, s.577

²⁵ <<https://sozluk.adalet.gov.tr/hukuk/>> , Erişim Tarihi 20 Mayıs 2024.

²⁶ Bianchi Thomas Xavier, *Vocabulaire Français-Turc*, 1831, s.160.

görülmektedir²⁷. Demek ki, bu dönemde kurallar bütünü anlamında “hukuk” terimi kullanılmıyordu ki, sözlüklerde “*droit*” karşılığı olarak “*hukuk*” verilmemektedir.

Tarih-i Cevdet’te, Napolyon Bonapart’ın Mısır’ı istilası üzerine Osmanlı Devleti tarafından 1798’de Fransa’ya verilen “ilân-ı harb beyannamesi”nde “*Fransa’nın bu hususa müdahalesi hukuk-ı milele mugayir bir keyfiyet*” şeklinde bir cümlenin yer aldığı görülmektedir²⁸. Hukuk kelimesinin, genel olarak olmamakla beraber, “devletler hukuku” bağlamında “kurallar bütünü” anlamında ilk kullanımının bu olabileceği belirtilmektedir²⁹.

Ottokar von Schlechta’nın 1847’de Viyana’da basılan “Kitab-ı Hukuk-ı Milel” isimli³⁰ (1880’de İstanbul’da ‘Hukuk-ı Milel’ ismiyle basılan) eserde, “hukuk” kelimesinin ilk defa “kurallar bütünü” anlamında kullanıldığı ifade edilmektedir³¹.

Yine Paul Pradier-Fodéré’nin “*Principes Généraux de Droit de Politique et de Legislation*” adlı eserinin ikinci cildi, Kani Paşazâde Rifat tarafından “*Hukuk-ı Umumiyye*” başlığı ile 1875’te (1290) İstanbul’da basılmıştır. 1875’te ise iki cildi bir arada “*Hukuk*” başlığı ile İstanbul’da yayınlanmıştır³².

Slechta-Wssehrd tarafında kaleme alınan 1870 tarihli *Mecmua-i Istilahat-ı Resmîye-Manuel terminologique Français-Ottoman* isimli eserde “hukuk” kelimesi yanında “hukuk mes’elesi”, “hukukça”, “hukuk-ı müktesebe”, “hukuk-ı düveliyye”, “hukuk-ı milliyye”, “hukuk-ı tabîyye”, “ahkâm-ı hukûkiyye”, gibi kelime ve kavramlar yer almaktadır³³.

Ali Suâvî tarafından Paris’te çıkarılan “Ulûm Gazetesi”nin 1871 (1287)

²⁷ Kieffer J. D./Bianchi T. X., *Elsine-i Türkiyye ve Franseviyyenin Lugatı-Dictionnaire turc-français*, Cild-i evvel-Tome Premier, 1835, s.431.

²⁸ Ahmet Cevdet Paşa, *Tarih-i Cevdet*, 6, Dersâdet 1309, s.410.

²⁹ Cemil Bilsel, “Devletler Hukuku Mu? Devletlerarası Hak Mı?”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 6(4), 1940, s.638-639.

³⁰ Schlechta-Wssehrd von Ottokar, *Kitab-ı Hukuk-u Milel* (لللم فروع باتك), Viyana, Darü’l-Tebaatü’l İmparatoriye, 1847.

³¹ Hüseyin Hatemi, *Medenî Hukuka Giriş*, 2. Baskı, Filiz Yayınevi, 1999, s.28.

³² Ayrıntılı bilgi için bkz. Rukiye Akkaya Kia, Kâni Paşa-Zâde Rif’at Bey’in “Hukuk-ı Umûmiyye Kitabı” (İstanbul, 1290), *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 25(1), 2001, s.1-14.

³³ O. de Schlechta-Wssehrd, *Mecmua-i Istilahat-ı Resmîye -Manuel Terminologique Français-Ottoman*, Imprimerie Impériale, 1870, s.118-119.

tarihli nüshasında yayınlanan makalenin adı “*Duruva-İlm-i Usûlü’l-Hukûk*” şeklindedir. Makalede batı hukuku ile fıkıh açısından “*hüsn*” ve “*kubh*” kavramları tartışılmaktadır³⁴.

Eğitim-öğretime 1859’da başlayan Mekteb-i Mülkiye’nin dersleri arasında “*hukuk-ı milel*” isimli bir ders bulunmaktadır³⁵. 1874’te “*methal-i hukuk*”, (hukuka giriş) isimli bir ders eklenmiştir³⁶. Galatasaray Mekteb-Sultanî (Mekâtb- Âliye- Sultâniye) bünyesinde 1873’te kurulan Dârulfünûn şübelerinden birisi de “*ilm-i hukuk şubesi*”dir (bu günkü anlamıyla hukuk fakültesi). 1869 yılında yürürlüğe giren Maârif-i Umûmye Nizamnâmesi’ne göre (m.79-128) Dârulfünûn, “*hikmet ve edebiyat*”, “*ulûm-i tabiiyye ve riyaziyye*” ve “*ilm-i hukuk*”, şubelerinden oluşmaktadır³⁷. Öte yandan 1880’de Adliye Nezareti’ne bağlı olarak “*Mekteb-i Hukûk-ı Şahane*” faaliyete geçmiştir. Görüldüğü gibi bu tarihlerde “hukuk” kelimesi, bir kurumun adı olarak kullanıma girmiştir. Kurumların adında yer alan “hukuk” kelimesi, hak kelimesinin çoğulu olan “haklar” anlamında değil, kurallar bütünü anlamındadır. Ayrıca “ilm-i fıkıh” değil, “*ilm-i hukuk*” deyimini de kullanılmaya başlanmıştır. Buradaki “hukuk” kelimesi de “haklar” anlamında değil, kurallar bütünü anlamındadır.

Dârulfünûn’un ilm-i hukuk şubesinde veya mekteb-i hukuk’ta okutulacak dersler arasında “*Hukuk-ı Roma*”, “*Hukuk-ı İdare*”, “*Hukuk-ı Milel*” “*İlm-i Hukuk-ı Milel*” gibi dersler bulunmaktadır. 1880’lerden itibaren de “*Medhal-i İlmi Hukuk*”, “*Telhis-i Hukuk-ı Düvel*”, “*Hukuk-ı İdare*”, “*Hukuk-ı Siyasiyye-i Osmaniyye-i Dahiliyye*”, “*Hukuk-ı İdare-i Mülkiyye*” isimlerinde ders kitapları telif edilmeye başlanmıştır³⁸.

Hukuk kelimesinin uyulması zorunlu kurallar bütünü anlamında kullanımı, 1880’lerden sonra kaleme alınan hukuk lugatlarında³⁹ da yer

³⁴ Ali Suavi, “*Duruva: İlm-i Usûlü’l-Hukûk*”, *Ulûm Gazetesi*, Paris, Sayı 18, 1287, s.1065-1081 (isamveri.org/.../1287_18_SUAVIA.pdf).

³⁵ Adem Doğan, “Osmanlı Eğitiminde Mülkiye Mektepleri”, Yüksek Lisans Tezi, *Selçuk Üniversitesi SBE*, 2007, s.15.

³⁶ Ali Çankaya, *Mülkiye Tarihi ve Mülkiyeliler*, Örnek Matbaası, 1954, s.30.

³⁷ Ekmeleddin İhsanoğlu, “Dârulfünûn Tarihçesine Giriş- İlk İki Teşebbüs”, *Belleten*, LIV(210), 1990, s.705 vd.

³⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. Ramazan Çağlayan, “Ülkemizde İdare Hukuku Dersinin Kısa Tarihçesi ve İdare Hukuku Ders Kitaplarının İlk Örnekleri”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 25(3), 2021, s.329-379.

³⁹ Bu dönemde yayınlanan hukuk lugatları hakkında bkz. Ali Adem Yörük, “İlk Hukuk Lügat-

almaya başlamıştır.

Hüseyin GÂLİP tarafından yayınlanan 1880 (1305) tarihli *Kamûs-ı Hukuk*'ta "hukuk" kelime ve kavramı yer almakta ve şöyle tanımlanmaktadır: "*Hukuk; Hey'et-i içtimâiyye efrâdının harekât-ı hâriciyelerinde riâyete icbar olunabilecek kavâidin hey'et-i mecmuasıdır*". Devamında da "hukûk-ı esasiye", "hukuk-ı bahriye", "hukuk-ı cezaiye", "hukuk-ı şahsiye" gibi diğer hukuk kavramları açıklanmaktadır⁴⁰.

Miltiyadî KARAVOKİROS'un 1894 (1310) tarihli *Lugat-Kavanîn-i Osmaniyye*'sinde "hukuk" kelimesi ve kavramı tek başına bulunmamakta ancak "*hukuk-ı şahsiye davası*" kavramı açıklanmaktadır⁴¹.

GELİBOLU Mehmet Rıfat'ın 1894 (1310) *Istilahat-ı Mer'iyye* isimli eserinde tek başına "hukuk" kelimesi yer almamakta ancak "hukuk-ı idare-i mülkiye", "hukuk-ı esasiye", "hukuk-ı ticariye", "hukuk-ı harb", "hukuk-ı sulh", "hukuk-ı tabiiye", "hukuk-ı medeniye" gibi kelime ve kavramlara yer verilmektedir⁴².

Toma ANDONYADİ tarafından 1894 tarihinde kaleme alınan *Kamus-ı Kavanin*'de "hak-hukuk" maddesi altında genel açıklamalar yer almaktadır. Ancak "hukuk" tanımı bulunmamaktadır⁴³.

TÜRKGÂDE Ziyâüddin'in 1897 (1313) tarihli *Mükemmel Istilahat-ı Kavanin Yahud Malumat-ı Kanuniye Hulasası*'nda genel olarak "hukuk" kelimesi bulunmamakla beraber, hukuk dallarından bazıları ("hukuk-ı bahriye", "hukuk-ı ticariye", "hukuk-ı cezaiye", "hukuk-ı medeniye" ...) yer almaktadır⁴⁴:

Şemsettin SAMİ'nin 1901 (1317) tarihli *Kamus-ı Türkî*'sinde⁴⁵ "hukuk" kelimesi karşılığında "hakkın cemi'i" açıklaması ve "hak" kelimesine yollama

lerimiz (1870-1928)", *Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları*, (2), 2006 (Güz), s.99-128.

⁴⁰ Hüseyin Galip, *Kamus-ı Hukuk*, 1899 (1305), s.105 vd.

⁴¹ Miltiyadî Karavokiros, *Lugat-Kavanîn-i Osmaniyye*, Şirket-i Mertebiye Batbaası 1894 (1310), s.248.

⁴² Gelibolulu Mehmet Rıfat, *Istilahât-ı Mer'iyye*, İstopan Matbaası 1894 (1310), s.28 vd.

⁴³ Toma Andonyani, *Kâmûs-ı Kavânin*, Cilt.1, Ömer Bey Matbaası 1894 (1310), s.312.

⁴⁴ Ziyâüddin Türkzâde, *Mükemmel Istilahât-ı Kavânin Yahud Mâlûmat-ı Kânûniye Hulâsası*, Dersââdet, 1313, s.118-121.

⁴⁵ Şemseddin Sami, *Kâmûs-ı Türkî*, Dersââdet 1317, s.552-553.

var. Hak kelimesi açıklamasında ise, doğruluk, gerçek olan, bâtil mukabili, adâlet, birine ait olan şey gibi anlamlar verildikten sonra “*cemi*’: *Herkesin hakkından ve alacağından ve adâletinden bahseden ilim, şeriat, fıkıh, kânun, ilm-i hukuk, mekteb-i hukuk*” şeklinde açıklama yapılmaktadır⁴⁶. Burada câlib-i dikkat olan bir husus, “hukuk” kelimesinin karşılığında kurallar bütünü ifadesi yanında “fıkıh” da yer almaktadır. Bu durum “hukuk” kelimesinin “fıkıh” yerine kullanıldığını göstermektedir.

Buraya kadarki açıklamalardan anlaşılacağı üzere “uyulması zorunlu kurallar bütünü” anlamında “hukuk” kelimesi 1800’ün ikinci yarısında kullanılmaya başlanmış ve 1890’lı yıllarda tam olarak bu günkü anlamına kavuşmuştur. Muhtemelen Osmanlı aydınları, Fransızcadaki “*droit*” kelimesiyle karşılaştıktan sonra, buna karşılık olarak “hukuk” kelimesine yeni bir anlam yükleyerek kullanmaya başlamışlar ve dilimize muhkem şekilde yerleşmiştir.

SONUÇ

Yukarıda aktardığımız bilgiler ışığında ulaşılan sonuçları aşağıdaki şekilde sıralayabiliriz:

(1) Hem “fıkıh” hem de “hukuk”, kelime olarak Arapça olup İslâm medeniyetine aittir. Ancak kavram olarak “fıkıh” İslâm medeniyetine ait iken, kavram olarak “hukuk”, batı medeniyetinin bir buluşudur. Başka bir ifade ile uyulması zorunlu kurallar bütünü anlamında hukuk, önce batılı bilim adamları tarafından kullanılmış, sonra onlardan bizim hukuk dilimize girmiştir.

(2) Hukuk, kelime olarak dilimizde var olmasına rağmen, uyulması zorunlu kurallar bütünü anlamında kavram olarak 1850’li yıllardan sonra kullanılmaya başlanmıştır.

(3) Kavram (mefhum), bir olay, bir nesne, bir bilgi hakkında zihinde beliren genel düşünce demektir. Olaylar ve nesnelere kavramlarla algılanır. Zira kavramlaştırma, tanımlama temektir. Kavramlaştırmayı ya da tanımlamayı kim yapmışsa, onun bakış açısı ile olaylar ve nesnelere algılanır. Her kavram, o kavramı oluşturan medeniyetin bakış açısını ve algılama biçimini içinde barındırır. Bu anlamda “fıkıh” İslâm medeniyetine ait bir kavramdır. Hukuk ise, batı medeniyetinden ithal bir kavramdır ve batı medeniyetinin hukuk

⁴⁶ Şemsettin Sami’nin 1898 tarihli *Kâmûs-ı Fransavî*’sinde “droit” kelimesinin karşılığı “*hak, istihkak, kânun, nizam, fıkıh*” olarak verilmektedir (Şemseddin Sami, *Kâmûs-ı Fransavî: Dictionnaire Français-Turc*, Mihran Matbaası 1898, s.652).

anlayışını içinde barındırmaktadır. Müslüman hukukçular, fıkıh yerine hukuk kavramını kullanarak, içtimaî olayları batı medeniyetinin kavrayışı ile algılama durumuna düşmüşlerdir. Müslüman bir toplumu ve onun değer yargıları, batılı bir yaklaşımla algılama gibi bir çelişki içine düşülmektedir. Bu ise olayların algılanması ve hukukî sorunlara isabetli çözüm üretilmesini zorlaştırmaktadır.

(4) Fıkıh kavramı, kapsamı itibariyle hukuk kavramından daha geniştir. Fıkıh kavramı, bu gün hukuk olarak ifade ettiğimiz kurallar bütünü yanında temizlik, akaid ve ibadeti de içermektedir. Oysa hukuk kavramı, sadece uyulması gereken kurallar bütünü ifade etmektedir.

(5) Fıkıh ve hukuk, menşei itibariyle birbirinden farklıdır. Fıkıh esas itibariyle din kaynaklıdır. Temel kaynaklarını kitap (Kur'an-ı kerim) ve Sünnet oluşturmaktadır. Tüm kuralların, bu temel kaynaklara uygun olması esastır. Buna mukabil hukukun menşei insan aklı ve devlettir.

(6) Uyulması zorunlu kuralların ortaya konulması açısından da fıkıh ve hukuk farklıdır. Fıkıh, devlet dışıdır ve hukukçular (fukaha) tarafından temel kaynaklardan istinbat edilir. Hukukçuların belirlediği kurallara kişiler kadar devlet de uymak durumundadır. Böylece fıkıh, devletin müdahale alanı dışında da varlığını sürdürebilme niteliğini haiz olabilmektedir. Hukuk ise tam tersine devlet kaynaklıdır ve devletin yetkili organları eliyle ortaya konulmaktadır. Bu durum devletin uyması gereken kuralların da yine devlet eliyle konulması sonucunu doğurmaktadır. Hukuk kuralları, devlet eliyle konulduğu için, devlet müdahalesiyle her zaman varlığına son verilebilir niteliktedir.

(7) Fıkıhın, kendine özgü nitelikte “içtihadîlik” özelliğe sahiptir. Hukukçuların (fukaha) daimî bir fikrî ameliyesiyle canlılığını idame ettirmektedir. Fıkıhın bu içtihadîlik özelliği, içtimaî gelişmeye dayalı hukukî sorunlara hızlı cevap verme kabiliyetine sahip olmasını sağlamaktadır. Hukuk ise, devletin yetkili organları tarafından konulduğundan, değiştirilmesi ve geliştirilmesi de yine devletin yetkili organları tarafından gerçekleştirilir. Devletin yetkili organlarının uyması gereken şekli ve usûlî kurallar sebebiyle, daha yavaş hareket edebilmektedir. Bu ise hukukun, toplumdaki gelişmelerin ve değişmelerin gerisinde kalmasına yol açabilmektedir. Hukukun, içtimaî gelişmelerin gerisinde kalması demek, toplumun ihtiyaçlarının zamanında karşılanamaması demektir.

KAYNAKÇA

Atar F., Fıkıh Usûlü, *Marmara Üniversitesi İlahiyat Vakfı Yayınları*, 1988.

Ahmet Cevdet Paşa, *Tarih-i Cevdet*, Cilt.6, Dersâdet 1309.

- Akkaya Kia R., “Kâni Paşa-Zâde Rif’at Bey’in “Hukuk-ı Umûmiyye” (İstanbul, 1290) Kitabı”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt 25, Sayı 1, Haziran 201, s.1-14.
- Ali Suavi, “Duruva: İlm-i Usûlü’l-Hukûk”, Ulûm Gazetesi, Paris, Sayı 18, 1287 s.1065-1081 (isamveri.org/.../1287_18_SUAVIA.pdf).
- Andonyadi T., Kâmûs-ı Kavânin, Cilt.1, 1894 (1310).
- Âşık Çelebi/Haz. Muhammed Usame Onuş- Abdurrahman Bulut- Ahmet Çelik, Mi’râcü’l-Eyâle-Âşık Çelebi’nin Siyâsetnâmesi, 2018.
- Beşer F., “Bir Bilgi Türü Olarak Fıkıh ve Diğer Disiplinlerle İlişkisi”, *İslâm Araştırmaları*, Haziran 2006, 5(5), 33-62.
- Bianchi T. X., Vocabulaire Français-Turc, Paris 1831.
- Bilgin A., “İslam Hukukunda Gerçek Kişilerin Ehliyeti”, Doktora Tezi, *Dicle Üniversitesi SBE*, Diyarbakır 1989.
- Bilmen Ö N., Hukuk-ı İslamiyye ve İstilahat-ı Fıkhıyye Kamusu, *İstanbul Üniversitesi Yayınları*, 1967-1970, C.I., İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1967-1970
- Bilsel C., “Devletler Hukuku Mu? Devletlerarası Hak Mı?”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 6(4), 1940, 631-644.
- Çağlayan R., “Ülkemizde İdare Hukuku Dersinin Kısa Tarihçesi ve İdare Hukuku Ders Kitaplarının İlk Örnekleri”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 25(3), 2021, s.329-379.
- Çankaya A., Mülkiye Tarihi ve Mülkiyeliler, 1954.
- Doğan A., “Osmanlı Eğitiminde Mülkiye Mektepleri”, Yüksek Lisans Tezi, *Selçuk Üniversitesi SBE*, Konya 2007.
- Doğan D. M., *Doğan Büyük Türkçe Sözlük*, Vadi Yayınları, 15. Baskı, 2001, s.577.
- Ferec Ba’d eş-Şidde, (Haz. Guorgy Hazai-Andreas Tietze, Çev. Ali Suat Ürgüplü, I, Türkiye Bilimler Akademisi, 2017.
- Galip H., Kamus-ı Hukuk, 1899 (1305).
- Gelibolulu Mehmet Rifat, İstilahât-ı Mer’iyye, 1894 (1310).
- Hatemi H., *Medenî Hukuka Giriş*, Filiz Yayınevi, 2. Baskı, 1999.
- <http://lugatim.com/s/HUKUK>.
- <https://kuran.diyaret.gov.tr/Tefsir/>.

<https://sozluk.adalet.gov.tr/hukuk>.

İhsanoğlu E., “Dârulfünûn Tarihçesine Giriş- İlk İki Teşebbüs”, *Belleten*, LIV(210), 1990, s.705 vd.

Karaman H., “Fıkıh”, <https://islamansiklopedisi.org.tr/fikih#1>

Karaman H., Anahatlarıyla İslâm Hukuku, 1- Giriş ve Amme Hukuku, *Ensar Neşriyat*, 1984.

Karavokiros M., *Lugat-Kavânîn-i Osmaniyye*, 1894 (1310).

Kieffer J. D./Bianchi T. X., “Elsine-i Türkiyye ve Franseviyyenin Lugatı- *Dictionnaire turc-français*, evvel-Tome Premier Paris 1835.,

Muhammed Ebû Zahrâ/Çev. Abdulkadir Şener, İslâm Hukuk Metodolojisi (Fıkıh Usûlü), 1986.

Nev’izâde Atâyî/Hazırlayan. Suat Donuk, *Hadâ’ikül-Hakâik fi Tekmilet’iş-Şakâik*, I. Cilt, 2017.

O. de Schlechta-Wssehrd, *Mecmua-i Istılahat-ı Resmîye -Manuel Terminologique Français-Ottoman*, Viyana, Imprimerie Impériale, 1870.

Ottıkar von S-W., *Kitab-ı Hukuk-u Mîlel (للم قووقح باتك)*, Viyana, Darü'l-Tebaatü'l İmparatoriye, 1847.

Sami Ş., *Kâmûs-ı Türkî*, Dersaâdet 1317.

Şemseddin Sami, *Kâmûs-ı Fransavî: Dictionnaire Français-Turc*, 1898.

Şeyhî Mehmed Efendi/ Hazırlayan Ramazan EKİNCİ, *Vekâyi’u’l Fuzalâ-Şeyhî’nin Şakâik Zeyli*, 2, 2018.

Taşköprülüzâde Ahmed Efendi/Hazırlayan. Muhammed Hekimoğlu, *Eş-Şekâ’ikun-Numâniyye fi Ulemâi’d-Devleti’l Osmâniyye*, 2019.

Tirmizî Ebu İsa, *Sünen-i (Sahîh-i) Tirmizî*, İlim, 110.

Türzkzâde Z., *Mükemmel İstılahât-ı Kavânîn Yâhud Mâlûmat-ı Kânûniyye Hulâsası*, Dersaâdet 1313, s.118-121.

Yörük A. A., “İlk Hukuk Lügatlerimiz (1870-1928)”, *Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları*, (2), 2006 (Güz), s.99-128.

Zerkâ M. A., *El-Madhal-il fikhü’l-Âm: İhracün cedîdün bi-Tatvîrin fi’t-Tertîbi ve’t-Tebvîbi ve Tiyâdât*, 1. Cild, Şam 2004 (h.1425), s.66-69.

Hukuk Fakültesi Dergisi

Ankara Hacı Bayram Veli University
Faculty of Law Review

ISSN: 2651-4141 e-ISSN: 2667-4068
Cilt/Volume XXVIII Temmuz/July 2024 Sayı/No. 3

CRITICAL EVALUATION OF JUDICIAL INDEPENDENCE QUESTION IN THE INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE

ULUSLARARASI ADALET DİVANI'NDA YARGI BAĞIMSIZLIĞI
MESELESİNİN ELEŞTİREL DEĞERLENDİRMESİ

M. H. Mustafa BEKTAŞ*  

ABSTRACT

In view of developments in world politics in recent years, such as an upsurge in nationalism, doubts about multilateralism, the Covid pandemic, and the Russia-Ukraine war, an inquiry concerning the peaceful resolution of international disputes is in order. How capable are international dispute resolution mechanisms of satisfying demands and preserving their reputations at such a critical time? The fundamentally political entities involved are likely to remain very disparate, a fact that can only worsen their widely acknowledged poor image in this respect without instituting any remedial measures. As a judicial body, however, the ICJ would hardly be allowed such latitude. Concerns about the impartiality of ICJ judges have already been expressed on the grounds of their perceived allegiance to their home countries, an issue that the existing political zeitgeist only makes more controversial. No solutions are readily available to alleviate all concerns. The current article takes several normative assessments into consideration, arguing that these can devalue the authority of the ICJ's judgments. It then provides insight into how to recognise and deal with the persistent problem of judicial independence within the ICJ.

* **Doç. Dr.**, Bursa Uludağ Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, Devletler Hukuku Anabilim Dalı/BURSA, **e-posta:** mhmbektas@uludag.edu.tr, **ORCID:** 0000-0003-1733-6339, **DOI:** 10.34246/ahbvuhfd.1418633.

• Atıf Şekli/ **Cite As:** Bektaş M. H. M., "Critical Evaluation Of Judicial Independence Question In The International Court Of Justice", *AHBVÜ Hukuk Fakültesi Dergisi*, 28(3), 2024, s.175-206.

• İntihal / **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.*



Keywords: *Dispute resolution, ICJ, Impartiality, international justice, National interests*

ÖZET

Son yıllarda dünya siyasetine etki eden milliyetçiliğin yükselişi, çok taraflılığa dair şüphelerin artması, Covid-19 salgını ve Rusya-Ukrayna savaşı gibi gelişmeler göz önüne alındığında, uluslararası uyumsuzlukların barışçıl çözümüne dair incelemelerin daha fazla önem kazandığı anlaşılmaktadır. Uluslararası uyumsuzluk çözüm mekanizmaları böylesine kritik bir dönemde talepleri karşılama ve itibarlarını koruma konusunda yeterli mi? Temelde politik olan ilgili oluşumların oldukça farklı kalması muhtemeldir ki bu, herhangi bir iyileştirici önlem almadan, bu bağlamda yaygın olarak kabul edilen kötü imaj sorunlarını daha da derinleştirebilecek bir gerçektir. Fakat bir yargı organı olarak Uluslararası Adalet Divanı'na (UAD) böyle bir serbestlik tanınması UAD'ın doğasına pek uygun olmayacaktır. UAD üyelerinin kendi ülkelerine olan bağlılıkları nedeniyle tarafsız kalabilmelerine dair endişeleri dile getiren bazı çalışmalar yapılmıştır. Nitekim bu, mevcut siyasi ruhun daha da tartışmalı hale getirdiği bir husustur. Bununla birlikte, tüm endişeleri ortadan kaldıracak kapsayıcı bir çözüm mevcut değildir. Mevcut çalışma çeşitli normatif değerlendirmeleri dikkate alıp, bu tür kaygıların UAD kararlarının otoritesini zayıflatabileceğine ilişkin değerlendirmelerde bulunmaktadır. Çalışma daha sonra, UAD'da süregelen yargı bağımsızlığına ilişkin tereddütlerin nasıl anlaşılması gerektiğini ele alıp nasıl aşılabileceği konusunu irdelemeye çalışmıştır.

Anahtar Kelimeler: *Tarafsızlık, UAD, Ulusal çıkarlar, Uluslararası adalet, Uyuşmazlık çözümü*

INTRODUCTION

The classical belief was that “politics could be evaded through impartial adjudication and honest legal reasoning”.¹ Yet, world politics has become a highly volatile situation from which serious international law violations might arise. Although the International Court of Justice (hereinafter ICJ or the Court) has been a salutatory development toward achieving this end, the nature of international law barely allows the insulation of law from politics, as States have shown an intransigent attitude on this subject. Some states have forfeited some of their sovereign rights by recognizing the ICJ's compulsory jurisdiction. The Court's decisions have usually been respected and complied

¹ Richard H. Steinberg & Jonathan M. Zasloff, “Power and International Law” *The American Journal of International Law*, 100(1), 2006, p.70.

with.² But states have also endeavoured to prevent unfavourable ICJ decisions through a variety of means including reservation, submitting forged evidence, exerting influence on members, interpreting the rulings in such a way as supports their claims³, and overtly denying the Court's competence.⁴ The ICJ has thus usually been a place where sovereignty and the rule of law⁵ have in one way or another been in opposition to each other.

The ICJ is not the only judicial body available for states to settle their international disputes peacefully. Since the foundation of the United Nations (UN) there has been a proliferation of judicial, quasi-judicial, implementation control and other dispute resolution bodies that operate at international and regional levels. The peaceful settlement of major international disputes is peculiar to the ICJ. Amid the upheaval in the political order and its profound global impact, in particular the ongoing conflict between Russia and Ukraine, the international community has once again recognized, though not comprehended, the importance of settling disputes through peaceful mechanisms. Although the ICJ could take a contingent role in cultivating international peace, the focus has usually been on the UN's other principal organs, the Security Council in particular. The ICJ has normally remained beyond criticism,⁶ being praised using a counterfactual approach that

² Colter Paulson, "Compliance with Final Judgments of the International Court of Justice since 1987", *the American Journal of International Law*, 98, 2004, pp.434-61.

³ E.g. the advisory opinion of the ICJ on the Western Sahara was interpreted differently by disputed parties in their favour. Abdeslam Maghraoui, "Ambiguities of Sovereignty: Morocco, The Hague and the Western Sahara Dispute", *Mediterranean Politics*, 8(1), 2003, pp.113-126.

⁴ There may also be surreptitious means by which national interests can sway the ICJ, but this paper limits itself to the revealed means in order to avoid weakening its arguments.

⁵ There has been various perspectives on the application of the rule of law at the international level. There is therefore no exhaustive definition of the international rule of law. Kostiantyn Gorobets, "The International Rule of Law and the Idea of Normative Authority", *Hague J Rule Law*, 12, 2020, pp. 227-249. For the purposes of the current article, the rule of law refers mainly to the impartiality of judges. This is one of the features of the international rule of law that is acknowledged by many, including Judge Peter Tomka, who has been a member of the Court for nearly two decades. He suggests that the Court could strengthen the international rule of law by "adjudicating disputes submitted to it with dedication, in utmost impartiality, independence, and in accordance with international law". Peter Tomka, "The Role of the International Court of Justice in the Inter-State Legal Order", *Statement to Students of the St. Petersburg State University*, 14 May 2013, <https://www.icj-cij.org/public/files/press-releases/8/17448.pdf>, Accessed on 22 July 2023.

⁶ There have in fact been some criticisms of the ICJ, but these have mainly been made by politicians and diplomats from states that are unhappy with particular ICJ decisions. Only a

acknowledges that if states were to grant the Court compulsory jurisdiction it would work properly and fairly as if its members were impartial. Yet some studies have shown that this putative perception of the ICJ is not borne out in reality.

Research⁷ has soundly dismantled the illusion of the Court's impartiality.⁸ Given these findings, very real concerns regarding both the independence and the competence of the Court's members have been expressed. These alleged deficiencies would not only diminish the ICJ's role in the peaceful settlement of disputes, but would endanger its reputation. Given the recently escalating tension in world politics, this could in turn stymie the nascent law-habit⁹ in international law and encourage states to revert to the maintenance of absolute sovereignty and the resulting "self-help" regimes. The ICJ is vital in holding

few international lawyers and academics are sceptical of the ICJ in general. Eric A. Posner & Miguel F. P. de Figueiredo, "Is the International Court of Justice Biased?", *The Journal of Legal Studies*, 34(2), 2005, pp.599-630, p.600.

⁷ For the voting pattern of members, judicial independence and impartiality of judges see: William Samore, "National Origins v. Impartial Decisions: A Study of World Court Holding" *Chicago-Kent Law Review*, 34, 1956, pp. 193–221; Thomas R. Hensley, "National Bias and the International Court of Justice" *Midwest Journal of Political Science*, 12, 1968, pp.568–86; Il Suh, "Voting Behavior of National Judges in International Courts", *American Journal of International Law*, 63(2), 1969, pp.224-236; Arthur W. Rovine, "The National Interest and the World Court" in Leo Gross (ed.), *The Future of the International Court of Justice*, Oceana Publications, 1976, pp.313-335; Edith Brown Weiss, "Judicial Independence and Impartiality: A Preliminary Inquiry" in Lori F. Damrosch (ed), *The International Court of Justice at a Crossroads*, Transnational Pub., 1987, pp.123-154; Posner and Figueiredo, p.600. In addition, working as an arbitrator alongside being a judge of the ICJ could lead judicial parsimony and ineffectiveness of the ICJ. For this discussions respectively see: Nathalie Bernasconi-Osterwalder & Martin Dietrich Brauch, "Is "Moonlighting" a Problem? The role of ICJ judges in ISDS", *International Institute for Sustainable Development*, (23 November 2017), <https://www.iisd.org/system/files/publications/icj-judges-isds-commentary.pdf>, Accessed on 22 July 2023; Gleider I. Hernandez, "A Reluctant Guardian: The International Court of Justice and the Concept of 'International Community'", *British Yearbook of International Law*, 83, 2013, pp.13–60; David Tuyishime, "Critical Analysis on the Ineffectiveness of the ICJ in the Settlement of Disputes between States: The Example of Nicaragua Case", *E-Journal of Law*, 3(1), 2017.

⁸ In addition to concerns about impartiality of the ICJ, there is another drawback regarding its members that has been proposed by Robert Volterra. He criticizes their lack of proficiency, resulting in their inability even to recognize a submission containing forged evidence. Robert G. Volterra, "How to Win Cases before the ICJ in the 21st Century" (21/04/2021) Jindal Global University, <https://www.barandbench.com/apprentice-lawyer/webinar-alert-how-to-win-cases-before-the-icj-in-the-21st-century-by-robert-g-volterra>, Accessed on 22 July 2023.

⁹ The habit of adjudication in particular. Pitman B. Potter, "The Habit of International Legal Action", *World Affairs*, 111(1), 1948, pp.35–37.

back this development. But its judicial identity imposes more responsibility than other essentially political UN bodies. It would not be as easy for the international community to express disappointed expectations of the Court as of the Council. The aforesaid concerns about the members of the ICJ should not therefore be overlooked, and the Court should be subjected to critical scrutiny.¹⁰

In this regard, the present paper further evaluates the issue of impartiality by demystifying the relevant provisions of the ICJ Statute. It does this by taking into account the current political zeitgeist. In addition to previous investigations into the ICJ's impartiality, the present study emphasises the risks inherent in these persistent problems, risks that can harm the Court's image. It then spells out the essential dynamics of regulation, the appointment of scrupulous judges and the levels of public support. Yet these dynamics seem to be on life support, and their ability to improve the Court's impartiality is weak. The dilemma of sovereignty versus the rule of law is thus likely to persist without these factors. The study therefore acknowledges the difficulties the ICJ's members face in avoiding judgements that reinforce sovereignty. It therefore asserts that scapegoating Court members is a reductive approach. The study concludes that the most convenient option would be to pursue a balance between Herculean and Sisyphean proposals in response to these concerns, in the absence of popular support. To this end, the paper consists of three sections. The first underlines the Court's importance, initially outlining its historical evolution before describing the availability of various access mechanisms. The second section examines the statutory control mechanisms aimed at ensuring the impartiality of judges and judicial independence. It assesses their implementation in order to determine whether they ensure or merely encourage the impartiality and judicial independence of members, while emphasising the existing conflict between vision and reality. The last section discusses the dynamics that could play important roles in reducing the obstructive effects of political challenges to the rule of law.

I. THE GROWING ROLE OF THE ICJ SINCE “THE HOPE OF AGES”

States have theoretically committed themselves to “settle their international

¹⁰ More than a decade ago Koskenniemi cogently asserted that “it is high time that “international adjudication” were made the object of critical examination”. Martti A. Koskenniemi, “The Ideology of International Adjudication and the 1907 Hague Conference” in The Hague Academy of International Law (ed.), *Topicality of the 1907 Hague Conference, The Second Peace Conference*, Brill, 2008, pp.127-152.

disputes by peaceful means in such a manner that international peace and security, and justice, are not endangered”.¹¹ To that end, the existence of any judicial body at international level is by and large a reflection of cooperation in one way or another so as to avert disputes as much as possible. Some even see international courts as “a condition *sine qua non* for the proper functioning of a rule-based international order”.¹² They are all important both politically and academically despite their deficiencies. This is all the more so for the ICJ, as its existence has proven to be an important catalyst for the peaceful settlement of disputes. The foundation of the ICJ’s forerunner, the Permanent Court of International Justice (PCIJ), was considered to be the climax of the history of international law. When it was approved by the Assembly of the League of Nations, James Brown Scott¹³ showed his enthusiasm: “We should fall upon our knees and thank God that the hope of ages is in process of realization.”¹⁴ In fact, the PCIJ was neither the first nor the only international court (IC).¹⁵ Though not a worldwide court,¹⁶ the Central American Court of Justice (CACJ) was founded in 1907.¹⁷ Its jurisdiction, regardless of its nature and origin, covered all manner of disputes and issues. As a matter of fact, the CACJ’s experience was used in determining the PCIJ’s scope, particularly in providing full independence to judges.¹⁸

The international community has long passed the stage of exuberant acclamation of the ICJ as it did for the PCIJ¹⁹. It is time to recognize the Court’s limitations, but without neglecting its salutary effect on the international legal system. The establishment of an IC may no longer be a novel development, several permanent international judicial systems having been inaugurated

¹¹ Article 2(3) of the UN Charter

¹² Avidan Kent, Nikos Skoutaris and Jamie Trinidad, *The Future of International Courts Regional, Institutional and Procedural Challenges*, Routledge, 2019, p.7.

¹³ One of the founders of the American Society of International Law.

¹⁴ James Brown Scott, “A Permanent Court of International Justice”, *American Journal of International Law*, 15(1), 1921, p.55.

¹⁵ Ömer İlhan Akipek, *Milletlerarası Adalet Divanı*, Ankara, 1974, p.14; Kamuran Reçber, *Uluslararası Hukuk*, Dora, 2023, p. 434.

¹⁶ *ibid*

¹⁷ Manley O. Hudson, “The Central American Court of Justice”, *American Journal of International Law*, 26(4), 1932, pp.759-786.

¹⁸ *ibid*

¹⁹ Martti Koskenniemi, *The Politics of International Law*, Hart Publishing, 2011, p.278.

within a century²⁰, but despite the significant rise in their number, the ICJ has still played a cardinal role in solving pressing international problems, promoting shared values and developing international law. Its distinguished history and its comprehensive jurisdiction over disputes among states has accordingly led it to be regarded by many as the senior IC.²¹ The ICJ's Statute does not confine the Court to any region, subject matter or organization. States from any region can bring their disputes on any subject before the ICJ, encouraging references to it as the World Court. Since its foundation it has played a primary role in legitimizing the international legal system by resolving disputes in a principled manner.²² Alongside the principal UN bodies that are essentially political in nature, the ICJ has been key to the image of international law by proving that international norms do indeed matter.

The ICJ is primarily authorised to function in two jurisdictional areas: contentious cases and advisory jurisdiction. In contentious cases, the basis for the Court's jurisdiction is the consent of states. Since there is no requisite form of such recognition, states may give their consent in various ways such as special agreements (*compromis*), the declarations made under Article 36 of the ICJ Statute (optional clause), a jurisdictional clause of a treaty (*compromissory clauses*) and the doctrine of *forum prorogatum*. The most common ways of recognizing jurisdiction in contentious cases are unilateral declarations and jurisdictional clauses of treaties.

The number of declarations deposited under Article 36(2) is only 73. This is not the only problem with the optional clause: it may be seen as signing a blank cheque.²³ States thus add various reservations to their declarations so as to limit the Court's jurisdiction. In fact, Paragraph 3 of Article 36 of the Statute, which allows such reservations, gives the impression of a limited provision in terms of the way it was written.²⁴ However, states that have added reservations to their acceptances of the Court's compulsory jurisdiction have in practice interpreted this paragraph in such a way that they can put

²⁰ Karen Alter, *New Terrain of International Law: Courts, Politics, Rights*, Princeton Univ. Press, 2014.

²¹ Rosalyn Higgins, *Problems and Process: International Law and How We Use It*, Oxford University Press, 1995.

²² Thomas M. Franck, *Fairness in International Law and Institutions*, Oxford University Press, 1995.

²³ Higgins, 1995.

²⁴ Akipek, p.66.

forward any terms and conditions they wish.²⁵ Had the only way to recognize its jurisdiction been unilateral declarations, the Court would have barely interfered in disputes between states.

The various ways of recognizing jurisdiction does, however, increase the likelihood of the Court interfering in disputes. While the number of states recognising the Court's jurisdiction by declaration is low, virtually all the world's states have declared such recognition by treaty.²⁶ There has been a sharp growth in the practice of inserting clauses in treaties providing for recourse to the ICJ. There are over three-hundred bilateral and multilateral treaties or conventions with a jurisdictional clause that empowers the ICJ to resolve contingent treaty disputes.²⁷ Treaty-based jurisdiction may in practice allow the Court to determine its jurisdiction. Many years after a state ratifies the Treaty, it could be brought before the Court against its will by another state that is party to the same treaty.²⁸ The ICJ's competence regarding treaty-based jurisdiction has rarely been challenged, particularly when states stand to benefit. Furthermore, *compromissory clauses* may be a good alternative for challenging intransigent states that avoids optional clauses and special agreements.²⁹

The ICJ has also had a salutary effect on the international legal system by its advisory opinions on legal questions. Article 96 of the UN Charter allows the General Assembly, the Security Council or other organs and specialized UN agencies to apply the advisory procedure,³⁰ which also enables the Court to resolve disputes between states insofar as they concern UN activities.³¹

²⁵ *ibid*, e.g. the terminated of declaration of USA includes a quite extreme reservation as follows: "Disputes with regard to matters which are essentially within the domestic jurisdiction of the United States of America as determined by the United States of America".

²⁶ E.g. 173 State are parties to the United Nations Convention against Torture.

²⁷ The International Court of Justice, *Handbook*, <https://www.icj-cij.org/public/files/publications/handbook-of-the-court-en.pdf>, Accessed on 22 July 2023.

²⁸ Posner & Figueiredo, p.604.

²⁹ E.g. *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (United States of America v. Iran)*; *Certain Iranian Assets (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*; *Allegations of Genocide under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Ukraine v. Russian Federation)* etc.

³⁰ It was proposed to include States to entitle them to ask advisory opinions. But this was not approved in San Francisco Conference. F. Blaine Sloan, "Advisory Jurisdiction of the International Court of Justice", *California Law Review*, 38(5), 1950, pp.830-859.

³¹ Higgins, 1995.

Advisory opinions are technically not binding, but they are of great importance in that they describe the legal situation regarding the subject for which the opinion is requested.³² It is usually difficult to disregard the Court's finding that an act either contravenes or conforms to international law.³³ In this regard, Thirlway rightly indicates that

*if the Court advises, for example, that a certain obligation exists, the State upon which it is said to rest has not bound itself to accept the Court's finding, but it will be in a weak position if it seeks to argue that the considered opinion of the Court does not represent a correct view of the law.*³⁴

There is an exception to the non-binding nature of the advisory jurisdiction, as there is no rule precluding a preliminary agreement accepting a forthcoming advisory opinion as binding.³⁵ Some UN conventions elevate advisory Court opinions to a binding state. Although only a few conventions contain such exceptional clauses,³⁶ their very existence reinforces the legal weight and moral authority of the Court's advisory jurisdiction.

Nevertheless, as discussed in the following sections, there has been a risk of losing or damaging its reputation for both contentious and advisory opinions. Although states are loath to make any compromise that is not in their best interests,³⁷ the degree of compliance with the ICJ's rulings is high.³⁸ Whether powerful or weak, east or west, states have usually endeavoured to legitimize their acts, even very wrongful ones, under the guise of international law. This is mainly because of the law habit that, however weak,³⁹ states have

³² *ibid*

³³ E.g. one of the recent and famous advisory opinion of the ICJ: *Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in Respect of Kosovo*, 2010.

³⁴ Hugh Thirlway, "The International Court of Justice", in Malcolm D. Evans (ed.) *International Law*, OUP, 2014, pp. 610-12.

³⁵ *Ibid*, 612.

³⁶ See the Article 8 of the Convention on the Privileges and Immunities of the United Nations; Article 9 of the Convention on the Privileges and Immunities of the Specialized Agencies of the United Nations; Article 8 of the Headquarters Agreement between the United Nations and the United States of America.

³⁷ John P. Grant, *Law Essentials: International Law*, Dundee University Press, 2010, p.4.

³⁸ Heather L. Jones, "Why Comply? An Analysis of Trends in Compliance with Judgments of the International Court of Justice since Nicaragua", *Chi.-Kent J. Int'l & Comp. Law*, 12(1), 2012, p.57.

³⁹ It is weak due to fact that "the machinery necessary to enshrine this does not exist". Malcolm N. Shaw, *International Law*, CUP, 6th ed., 2008, p.12.

developed since 1945 in particular. States usually avoid non-compliance with the Court's decisions or disregarding its advisory opinions.⁴⁰ This is a very valuable development, albeit states' interpretations can be hypocritical. The ICJ does not have the luxury of losing a reputation that is important for the peaceful settlement of international disputes.⁴¹ It is incumbent upon ICJ members to shoulder this responsibility, particularly in the current period of high international tension. If they fail to do so, states would have yet another excuse for disregarding the ICJ's authority,⁴² in addition to others such as economic crises, immigration flows and the pandemic.

This section focuses on salient facets of the Court by highlighting the major features of the ICJ in resolving disputes among states. The Court has functioned actively both in contentious cases and advisory opinions. The availability of different forms of manifesting consent paves the way for increasing the number of cases brought before the Court. The Court's ability to resolve disputes is of great importance, but comes with a responsibility. Although the role of the ICJ has been useful in inter-state disputes⁴³ there are also growing concerns about its neutrality. The following section focuses on the Court's questionable aspects by discussing the extent to which it reflects this responsibility.

II. DILEMMA OF SOVEREIGNTY VERSUS THE RULE OF LAW: COLLISION BETWEEN THE ICJ STATUTE AND STATES PRACTICE

The existence of effective and even compulsory judicial mechanisms is necessary in order to ensure the rule of law at the international level.⁴⁴ Yet the link between politics and the international system is much closer than is the

⁴⁰ States follow the judgments of the Court with the greatest interest as they usually consider ICJ judgements as an authoritative pronouncement on the law. Higgins, 1995, p.202.

⁴¹ For Hans Wehberg's views in that regard see: Armin von Bogdandy, Ingo Venzke, "In Whose Name? An Investigation of International Courts' Public Authority and Its Democratic Justification", *European Journal of International Law*, 23(1), 2012, pp.7-41, p.12.

⁴² James Crawford & Joe McIntyre, "The Independence and Impartiality of the 'International Judiciary'" in Shimon Shetreet & Christopher Forsyth (eds.) *The Culture of Judicial Independence: Conceptual Foundations and Practical Challenges*, Martinus Nijhoff, 2012, p.202.

⁴³ *ibid* p.9.

⁴⁴ Statement by H.E. Judge Peter Tomka, President of the International Court of Justice, at the High-Level Meeting on the Rule of Law (24 September 2012) https://www.un.org/ruleoflaw/wp-content/uploads/2017/05/Statement_ICJ.pdf, Accessed on 22 July 2023.

case in municipal legal orders, and the role of power is much more obvious.⁴⁵ It follows that international judicial organizations also arise from a process in which politics is predominant.⁴⁶ They are treaty-based institutions that are by and large formed and regulated by states, on whose consent the implementation of their founding convention ultimately depends. As a result, the expectation that they exclusively hold the goals and values they are supposed to serve is both irrational and irrelevant.⁴⁷ The extent of the tension between *raison d'état* and the rule of law normally varies depending on the significance of the case for the conflicting parties. The stance of an international judicial body regarding the rule of law could therefore also vary from one case to another. As regards the ICJ, its judgements also represent epitomes of sovereignty.⁴⁸ While the ICJ Statute does not recognise political realities, states in practice vie to further their national interests in the ICJ's sphere. To this end, they try to exert influence through the members of the Court.

The ICJ is technically a body of 15 independent judges. The usual way in which states attempt to exert their influence on them is by trying to have a member from their own nationalities appointed. But this is not an easy task. First, only 15 states can hold one of the 15 slots. In addition, the practice has developed of electing one judge from each of the permanent members of the Security Council.⁴⁹ As a result, there are only ten seats for the other states. Members are elected simultaneously by the General Assembly and Security Council. A member needs to be approved by the Assembly and Council with an absolute majority.⁵⁰

Moreover, *ad hoc* judges could be specially appointed for particular

⁴⁵ Shaw, p.12; Tayyar Arı, "Morton A. Kaplan ve Uluslararası Politikada Sistem Yaklaşımı", *Uludağ Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, 11(1-2), 1990, pp.103-118.

⁴⁶ Grant, p.4.

⁴⁷ Bogdandy and Venzke, p.8.

⁴⁸ Suh, p.225; Posner and Figueiredo. P.604.

⁴⁹ This practice has recently been challenged when the UK received a setback when its candidate did not obtain enough support from the General Assembly, though backed by the Security Council. James Landale (21 November 2017), "How the UK lost its International Court of Justice place to India" *BBC News* <https://www.bbc.co.uk/news/uk-politics-42063664>, Accessed on 22 July 2023. Another exception is that China did not appoint a judge between 1967 and 1985.

⁵⁰ The permanent members cannot veto elections of members to the Court, as Article 10(2) of the Statute makes no distinction between permanent and non-permanent members of the Security Council.

cases by the disputing parties.⁵¹ This method provides for both parties to be represented on the Bench.⁵² States thus have two main means of appoint a member of their nationality for the Court's bench.⁵³ Since it is more difficult to achieve this outcome through the process stipulated under the Article 4 of the Statute than the one under the Article 31, it is likely that majority of states would not have a judge of their nationality on the Bench if they were to use it. It follows that states are usually inclined to appoint judges *ad hoc* when they are parties to disputes.

Concerns regarding the impartiality of the Court's members have been expressed since the establishment of the PCIJ. The matter was pithily expressed in the fourth Annual Report as follows:

*Of all influences to which men are subject, none is more powerful, more pervasive, or more subtle, than the tie of allegiance that binds them to the land of their homes and kindred and to the great sources of the honors and preferments for which they are so ready to spend their fortunes and to risk their lives.*⁵⁴

As a result, provisions were inserted into the Statute that sought to guarantee both judicial independence and impartiality. These provisions fall into two categories: restrictive and incentive. As regards the first category, provisions such as Articles 16, 17 and 24 distinguish between permissible activities, consistent with the status of a judge, and activities forbidden as irreconcilable with that status.⁵⁵ As for the second, provisions such as Articles 18 and 19 aim to enable members to carry out their duties independently by allowing them to hold certain important posts before being appointed to the Court, since these appointments are not lifetime ones.⁵⁶ In that respect,

⁵¹ In addition, Article 30(2) of the Statute provides that assessors can also participate, but without voting rights.

⁵² Advisory Committee of Jurists, *Proces-Verbaux of the Proceedings of the Committee*, 16 June-24 July 1920, p.721.

⁵³ Shabtai Rosenne, *The Law and Practice of the International Court*, Martinus Nijhoff Publishers, 1985, p.173.

⁵⁴ Fourth Annual Report of Permanent Court of International Justice, (June 15th, 1927-June 15th, 1928), Series E., No. 4, p.75. See also n 50 (Advisory Committee of Jurists).

⁵⁵ Robert Kolb, *The International Court of Justice*, Hart Publishing, 2013, p.133.

⁵⁶ Sometimes members can be appointed to important positions in their countries after their appointment to the Court. For example, Awn Shawkat Al-Khasawneh, a sitting judge between 2000 and 2011, left the ICJ on the ground that he was appointed as Prime Minister of Jordan

Articles 16 and 17 identify absolute and relative incompatibilities that limit the functions any member can exercise.⁵⁷ Article 24 additionally provides a recusal mechanism despite the unclear demarcation between it and Article 17(2).⁵⁸ Article 24 technically requires a consensus between the president of the Court and the concerned member.⁵⁹ If there is a dispute between the two, then the Court makes the final decision. In any event, most of the 26 recusals have been the result of self-recusation.⁶⁰ Both the practice of the Court⁶¹ and Article 34(2) of the Rules of the Court⁶² also allow also states to challenge the composition of the Court by informing the President of the Court.⁶³ The limited liability of states to request recusals of judges is reasonable, as they could otherwise abuse an absolute right of recusal requests with the result that all members of the Court might become vulnerable to arbitrary disqualification by states under the guise of administration of justice.⁶⁴

Another mechanism by which independence is safeguarded is the involved procedure of dismissing a member of the Court. Neither a UN body nor appointed states can impeach or recall Court members.⁶⁵ Article 18 provides that this can only be done by the unanimous opinion of the other members.

in October 2011.

⁵⁷ Kolb, pp.133-134.

⁵⁸ Andreas Zimmermann & others, *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary*, OUP, 2019.

⁵⁹ For example, Sir Hersch Lauterpacht could not participate in the *Nottebohm* case because he had previously given advice to Liechtenstein. Stephen M Schwebel, "Judge Sir Hersch Lauterpacht's Report on the Revision of the Statute of the International Court of Justice" in David D. Caron and others (eds), *Practising Virtue: Inside International Arbitration*, OUP, 2015, pp.158-166, p.158.

⁶⁰ See for examples: Chiara Giorgetti, "The Challenge and Recusal of Judges at the International Court of Justice" in Chiara Giorgetti (ed.) *Challenges and Recusals of Judges and Arbitrators in International Courts and Tribunals*, Brill, 2015, p.25; Kolb, 2013, p.137.

⁶¹ *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1971, p.18, paras. 8-9; *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion, I. C. J. Reports, 2004, p. 142, para.8.

⁶² "If a party desires to bring to the attention of the Court facts which it considers to be of possible relevance to the application of the provisions of the Statute mentioned in the previous paragraph, but which it believes may not be known to the Court, that party shall communicate confidentially such facts to the President in writing."

⁶³ Kolb, 2013, p.137.

⁶⁴ *ibid*, p.136.

⁶⁵ Zimmermann and others, 2019.

Ensuring such judicial tenure weakens the capacity of states to interfere with judicial independence.⁶⁶ Article 19 is another important provision that safeguards the independence of members: it gives them diplomatic privileges and immunities throughout the period in which they perform their duties. Finally, it is important to note that the President of the Court has a casting vote in the event of a tie. This would not be just if the President of the Court were a national of one of the parties in a case. Article 32(1) of the Rules of the Court does not allow the President to exercise his or her functions in such cases.⁶⁷ Overall, the Statute recognizes almost all conceivable scenarios.

However, neither the ICJ Statute nor the UN Charter provides an independent mechanism for monitoring the implementation of these articles, which is left to the discretion of the Court's members by Articles 16(2) and 17(3). For example, the Member of the Court of Russian nationality, Vice-President Gevorgian, did not recuse himself from *Ukraine v. Russia* concerning the Genocide Convention⁶⁸ (although he did not take part in the *Ukraine v. Russia* decision concerning Allegations of Racial Discrimination and Terrorism Financing).⁶⁹

The two provisions of the Statute regarding the impartiality and independence of members appear to be tautological, both stating that every member of the Court that exercises his powers impartially ought to exercise his powers impartially. As a result, there could be legal justification for serving the interests of the appointing states. In the absence of any universally

⁶⁶ *ibid*

⁶⁷ For example, because the President of the Court was a national of one of the Parties in the following cases, the Presidency was therefore transferred to the Vice-President: *Ambatielos case (jurisdiction)*, Judgment of July 1st, 1952: *I.C.J. Reports 1952*, p.32; *Anglo-Iranian Oil Co. case (jurisdiction)*, Judgment of July 22nd, 1952: *I.C.J. Reports*, 1952, p.97.

⁶⁸ *Allegations of Genocide under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Ukraine v. Russian Federation)*, Request for the Indication of Provisional Measures, Order, 16 March 2022, General List No. 182. But it was not first time, as the Member of the Court of Russian nationality did not recuse in Georgian case as well.

⁶⁹ He informed the President of the Court that he should not take part in the decision of the case by referring to Article 24, paragraph 1, of the Statute. As a result, the Russian Federation appointed a judge ad hoc, Leonid Skotnikov, in the case pursuant to Article 31 of the Statute and Article 37, paragraph 1, of the Rules of Court. *Application of the International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism and of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Ukraine v. Russian Federation)*, Preliminary Objections, Judgment, *I.C.J. Reports 2019*, para.7 p. 565. <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/166/166-20191108-JUD-01-00-EN.pdf>, Accessed on 22 July 2023.

credible procedures for determining facts, the effort to establish whether a judge is independent and impartial under the Statute could be stymied by contradictory allegations of fact by the parties to a dispute. Given that both the PCIJ and the ICJ have developed a broadly liberal approach in practice, the abovementioned provisions are implemented differently.⁷⁰ Though the allowance of too many exceptions to these rules may sound trivial, it can arouse legitimate suspicions⁷¹ as well as eviscerating the rules. The question of the extent to which these provisions could encourage members to reflect the rule of law therefore persists.

It is not appropriate, however, to prejudge the impartiality of the ICJ by assuming that all members of the Court have uniformly supported the national interests of the states that appointed them. That is to say, the fact that a member of the Court is a citizen of a state party to the case should not disqualify them from that membership.⁷² In this context, it is worth noting the key views of Lauterpacht and Schwebel.⁷³ Lauterpacht considers conscious bias at international level as a serious breach, seeing “the difference between a *judex corruptus* and a judge breaking his judicial oath on account of conscious bias in favour of his country [a]s only one of degree.”⁷⁴ He recognizes the possibility that an international judge may subconsciously be influenced by his or her home country to vote in its favour.⁷⁵ Yet, he says, they can still adjudicate impartially if the necessary external regulation is provided. Schwebel observes that ICJ members may have mostly voted in favour of their countries.⁷⁶ Like Lauterpacht, he agrees that judges may be subject to external influences, as it is more difficult for them to maintain their impartiality in the international

⁷⁰ See for examples: Giorgetti, 2015, p.25; Kolb, 2013, pp.135-136.

⁷¹ Kolb, 2013, p.136.

⁷² Akipek, 1974, p.45; Stephen M. Schwebel, “National Judges and Judges Ad Hoc of the International Court of Justice”, *The International and Comparative Law Quarterly*, 48(4), 1999, pp.889–900; Hersch Lauterpacht, *The Function of Law in the International Community*, OUP, 2011, pp.223-232.

⁷³ He previously served as an ICJ judge of the ICJ for two decades. He was also elected to President of the Court after one term as Vice-President.

⁷⁴ Lauterpacht, 2011, p.223. Article 20 of the ICJ Statute: “Every member of the Court shall, before taking up his duties, make a solemn declaration in open court that he will exercise his powers impartially and conscientiously.”

⁷⁵ As he states that “the subconscious element of sentiment and national solidarity may prove stronger than a legal declaration.” *ibid*, p.223.

⁷⁶ Schwebel, 1999, p.893.

sphere as opposed to the municipal one.⁷⁷ But he disagrees that they have served the interests of their states in all cases, because their judgments may have been right and they have mostly voted with the majority of the Court. In other words, voting in favour of their countries does not necessarily mean that their judgements were incorrect, because the two positions are not necessarily incompatible. Both authors also point to several cases where national judges voted against their states.⁷⁸

While their analysis may be cogent, they are too sanguine about ICJ judges. It follows that their comments are not sufficient to alleviate concerns about the impartiality of ICJ members. These concerns need to be taken cautiously. If enough scepticism emerges about the lopsided judgements of the ICJ,⁷⁹ it would affect not only the Court's image but that of the other international judicial bodies. This is the result of the ICJ's reputation as being in the van of international adjudication. In this sense, every ICJ judgement and advisory opinion is important, while dissenting or separate opinions could have a detrimental effect on the Court's reputation.⁸⁰

In fact, concerns about the Court's image are not new, as dubiousness about the future of the Court was expressed as early as the 1960s and 1970s.⁸¹ In this regard, it is important to recall the 1966 South West Africa cases. The Court's controversial and indeed counterfactual stance in this case was criticised⁸² and it caused a detrimental effect on the reputation of the Court among developing countries in particular.⁸³ The critical response to the Court's ruling in this

⁷⁷ *ibid*, p.894-895.

⁷⁸ Lauterpacht, p.226; *ibid*, p.893.

⁷⁹ This broadly refers to a judge's unconscious restrictions on what to take into account when reaching a decision that he or she instinctively favours. Higgins, 1995, p.6.

⁸⁰ Ijaz Hussain, *Dissenting and Separate Opinions at the World Court*, Martinus Nijhoff Publishers, 1984; Lyndell Prott, "Role, Consensus and Opinion Analysis at the International Court of Justice", *Netherlands Yearbook of International Law*, 14, 1983, pp.69-85; Farrokh Jhabvala, "The Scope of Individual Opinions in the World Court", *Netherlands Yearbook of International Law*, 13, 1982, pp.33-59; Robert Jennings, "The International Court of Justice after Fifty Years", *American Journal of International Law*, 89(3), 1995, pp.493-505.

⁸¹ Thirlway, 2014, p.613.

⁸² Richard A. Falk, "The South West Africa Cases: An Appraisal, International Organization", *International Organization*, 21(1), 1967, pp.1-23; Victor Kattan, "Decolonizing the International Court of Justice: The Experience of Judge Sir Muhammad Zafrulla Khan in the South West Africa Cases", *Asian Journal of International Law*, 5, 2015, pp.310-355.

⁸³ *Ibid*, 613-614, Jennings, 1995.

case should not be overlooked. Reservations were expressed not only about the Court's decision the Court itself. As a Court, reaching an unsatisfactory decision could naturally provoke criticism.⁸⁴ But the excessive criticism of the Court, as if it had never done anything worthwhile, was actually a reflection of the expectations of that institution rather than the wrongfulness of its decision – which, it should be noted, was hardly unanimous: it was reached by a casting vote of the President after an equal seven-seven split of the members.⁸⁵ However, this did not prevent the Court from being considered a complete disappointment, so reducing confidence in it. It is thus quite possible that the Court's reputation could be imperilled by a single decision based on one ill-considered judgement. Although the Court improved its reputation after some time, the ICJ's propensity for being “very much subject to the winds of world politics and the whims of member governments”⁸⁶ makes such a recovery potentially very problematic in the current climate of political tension and fragility.

The dramatic shift in international relations includes a growing propensity for far-right political movements around the world, including EU countries. The escalation in the global political sphere gives states more latitude to adopt nationalistic policies that conflict contingently with international law.⁸⁷ Traumatic international events such as the Cold War and two World Wars have resulted in the proliferation of new organizations and codifications of international law, fundamental changes that can be viewed as advances in international adjudication. Yet if necessary measures are not taken, the effect of the present resurgence of populism may be to take the legitimacy and authority of the ICJ two steps back.⁸⁸ The question, then, is how to preserve

⁸⁴ Jeffrey L. Dunoff and Mark A. Pollack, “The Judicial Trilemma”, *American Journal of International Law*, 111(2), 2017, p.274.

⁸⁵ All judges who voted against the final decision also appended their dissenting opinions.

⁸⁶ Karen A. Mingst, Margaret P. Karns, and Alynna J. Lyon, *The United Nations in the 21st Century*, Routledge, 2022, p.2.

⁸⁷ Gregory Shaffer, “Legal Realism and International Law” in Jeffrey L. Dunoff & Mark A. Pollack (eds.) *International Legal Theory: Foundations and Frontiers*, Cambridge University Press, 2022, pp.82-100.

⁸⁸ See Alter's discussion about how critical junctures could affect the future of international courts. She also argues that “the minefield that current international judges face today, especially compared to past eras, is formidable...The political zeitgeist is currently different compared to the end of the Cold War and the end of WWII.”: Karen J. Alter, “Critical Junctures and the Future of International Courts in a Post-Liberal World Order”, in Avidan Kent, Nikos Skoutaris and Jamie Trinidad (eds.) *The Future of International Courts Regional*,

the reputation of the ICJ in the midst of the resurgence of ethnonationalism and populist regimes.

III. BALANCING BETWEEN A HERCULEAN AND SISYPHEAN TASK: POSSIBLE BUT DIFFICULT

Before making any recommendations, it is important to recognize the symbiotic relationship between law and politics in their interaction at various levels.⁸⁹ Accordingly, even though it was adumbrated in early judgments of the PCIJ,⁹⁰ international law is barely appropriate to ensure full and equitable application of the legal maxim *nemo iudex in causa sua* in relations between states. This is most evident in those disputes in which states see their vital interests involved.⁹¹ Home-country bias is, in other words, particularly strong in politically sensitive cases.⁹²

On a related note, it is important to stress that the current political climate has put the ICJ under a pressure regarding recent serious violations of international law. Alter argues that there has been a growing expectation that ICs condemn states for their internationally wrongful actions. She is further of the view that ICs' room to avoid particularly controversial issues by adopting certain tactics such as reliance on gatekeepers, stalling for time and procedural dodges has recently been made more difficult.⁹³ Such expectation is likely to restrain the ICJ too. It will thus be difficult for the ICJ to keep itself aloof from highly controversial matters that place the Court in difficult situations.

For example, the ICJ has been able to keep some cases pending list for years without taking any action, but it could not resist the international community's demands by introducing provisional measures shortly after the Ukraine submitted a request for the institution of provisional

Institutional and Procedural Challenges, Routledge, 2019, pp.8-33.

⁸⁹ Martin Loughlin, *Sword and Scales: An Examination of the Relationship between Law and Politics*, Hart Publishing, 2000.

⁹⁰ Statement by H.E. Judge Peter Tomka, President of the International Court of Justice, at the High-Level Meeting on the Rule of Law (24 September 2012) https://www.un.org/ruleoflaw/wp-content/uploads/2017/05/Statement_ICJ.pdf, Accessed on 22 July 2023.

⁹¹ Alexander Orakhelashvili, *Akehurst's Modern Introduction to International Law*, 8th ed., Routledge, 2019, p.545.

⁹² Clifford J. Carrubba and Matthew Gabel, "International Courts: A Theoretical Assessment", *Annual Review of Political Science*, 20, 2017, p.68.

⁹³ Karen, 2019, p.8.

measures concerning the Genocide Convention⁹⁴ and Allegations of Racial Discrimination and Terrorism Financing.⁹⁵ The case concerning the former in particular has received an unprecedented level of support among states. After a joint statement of 43 states on supporting the Ukraine in its proceedings against Russia at the ICJ, all EU members except Hungary also filed applications to intervene alongside New Zealand, the United Kingdom, the USA, Australia, Canada and Norway, pursuant to Article 63 of the Statute.⁹⁶ In addition, the EU, as a public international organization, furnished information under Article 34(2) of the Statute and Article 69(2) of the Rules of Court to support the Ukraine's claims in its initiative.⁹⁷ Such a rare amount of support that represents the united stance of the international community could conceivably bring further pressure to bear on the Court's decision one way or another.⁹⁸

In view of this ambivalence, eliminating the problem of the impartiality of judges at the international level becomes a daunting though not impossible task. There are three particular dynamics at play in this regard: regulation, the appointment of conscientious judges and public support.⁹⁹ However, whether these are advanced enough to be helpful is a moot point.

States have not usually shied away from their obligations under the

⁹⁴ N 68 (*Allegations of Genocide*).

⁹⁵ *Application of the International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism and of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Ukraine v. Russian Federation), Provisional Measures, Order of 19 April 2017, I.C.J. Reports, 2017*, p. 104, <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/166/166-20170419-ORD-01-00-EN.pdf>, Accessed on 22 July 2023.

⁹⁶ Albania, Andorra, Iceland, the Marshall Islands, Japan, Moldova, Monaco, Montenegro, North Macedonia, Palau, and San Marino are part of the joint statement but did not intervene. EEAS Press Team, "Joint Statement on Supporting Ukraine in its Proceeding at the International Court of Justice", (13.07.2022) https://www.eeas.europa.eu/eeas/joint-statement-supporting-ukraine-its-proceeding-international-court-justice_en, Accessed on 22 July 2023; *Allegations of Genocide under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Ukraine v. Russian Federation) – Intervention*, https://www.icj-cij.org/en/case/182/intervention_, Accessed on 22 July 2023.

⁹⁷ International Court of Justice, Information furnished by the European Union, 18 August 2022, <https://www.tandfonline.com/doi/epub/10.1080/14623528.2022.2143528>, Accessed on 22 July 2023.

⁹⁸ Iryna Marchuk & Aloka Wanigasuriya, "Beyond the False Claim of Genocide: Preliminary Reflections on Ukraine's Prospects in Its Pursuit of Justice at the ICJ", *Journal of Genocide Research*, 25(5), 2022, p.2.

⁹⁹ Lauterpacht, 2011; Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, 1978; Karen, 2019.

provision requiring abstention from voting.¹⁰⁰ As discussed above, the Statute's provisions intended to ensure the impartiality of members are barely sufficient for their purpose. But the problem is not so much their content but the means of their implementation. This is not a vital issue for the ICJ, as no single member can either make deliver or prevent a decision. Bias could, however, be an issue for all the Court's members. If a Russian member were to abstain from the voting, there is no guarantee that members from the US or EU countries would adjudicate independently of their home countries' strategic interest.

Two factors could impede the appointment of conscientious judges. The first is that the quality of the rule of law varies significantly between states.¹⁰¹ Postwar decolonisation has seen many political entities becoming states, at least theoretically.¹⁰² It follows that various types of state have developed or are in the process of development, however nascent. Not all of some 190 states have robust and independent judicial systems. A judge from a state whose government's commitment to international law is only half-hearted can become a member of the ICJ. It also follows that not all the Court's members may be well-qualified lawyers experienced in the sound administration of justice.¹⁰³ Secondly, states have a propensity to select candidates compatible with their national interests.¹⁰⁴ They would thus not appoint judges who might be expected to make rulings that did not reflect the interests of their appointing governments.¹⁰⁵

¹⁰⁰ For example, Article 27 (3) of the UN Charter stipulates that "a party to a dispute [before the UNSC] shall abstain from voting". Yet subsequent practice has seen this provision largely ignored by the permanent Council members. Frederic L. Kirgis, "The Security Council's First Fifty Years", *Am. J. Int'l L.*, 89, 1995, p.507.

¹⁰¹ Schwebel, 1999, p.895.

¹⁰² Lawrence Freedman, "Weak States and the West", *Society*, 32, 1994, p.18; Thomas G. Weiss, *What's Wrong with the United Nations and How to Fix It*, Polity, 2009, p.29.

¹⁰³ However, it goes without saying that not all judges from developed countries are to be regarded as conscientious.

¹⁰⁴ For example, the permanent five of the UNSC favour a neutral and passive candidate for the UN Secretary-General because of the post's power and functionality. Rosemary Righter, *Utopia Lost: The United Nations and World Order*, The Century Foundation, 1995.

¹⁰⁵ See for theoretical debates about whether judges on international courts are not generally activist: Carrubba and Gabel, p.68; Michael Malecki, "Do ECJ Judges All Speak with the Same Voice? Evidence of Divergent Preferences from the Judgments of Chambers", *J. Eur. Public Policy*, 19(1), 2012, 59–75; Erik Voeten, "The Politics of International Judicial Appointments: Evidence from the European Court of Human Rights", *International Organization*, 61(4), 2017, pp.669-701; Erik Voeten, "The Impartiality of International Judges: Evidence from the European Court of Human Rights", *American Political Science*

This leads to something of a double-edged sword in which the Court's members have to choose between jeopardising either the Court's reputation or their own futures when deciding cases involving their own countries' interests. Ignore the cost of making partisan judgments risks the Court's reputation because there would be neither administrative nor pecuniary repercussions, but rather international criticism. If they do not decide in favour of their home countries, they make themselves vulnerable to pressures from their home states after their terms expire, with possible repercussions also on their families and relatives. As a result, the role of judges is intrinsically constrained by the consent of states.

A further challenge is the tension between law and politics. States may repudiate decisions justified by solid legal arguments but that fail to consider political sensitivities. For example, the Court, by thirteen votes to two, ordered Russia to immediately suspend military operations in the Ukraine and to ensure that any military or irregular armed actors that may be directed, controlled or supported by Russia cease such operations.¹⁰⁶ However, the Russian Federation has not complied with these provisional measures. Had the Russian member of the Court voted against Russia, it would have made no difference. A judge might therefore legitimately question why they should put themselves at risk in such a situation. In this sense, some scholars aptly argue that an international judicial body should not be overly concerned with contravening states' preferences by over-scrupulous legal positions that might promote compliance with international law, but could also encourage dissent from or non-compliance with the dispute settlement mechanism.¹⁰⁷ It follows that maintaining a bench of fifteen truly independent judges is not the only issue, given that states endeavour to protect their national interests

Review, 102(4), 2008, pp.417-433; Posner and Figueiredo, p.605.

¹⁰⁶ N 66 (*Allegations of Genocide*), para 81.

¹⁰⁷ Mark A. Pollack, "International Relations Theory and International Courts and Tribunals", *SSRN*, 2020, <https://ssrn.com/abstract=3634791>, Accessed on 22 July 2023.; Leslie Johns, *Strengthening International Courts: The Hidden Costs of Legalization*, University of Michigan Press, 2015; Laurence R. Helfer, "Overlegalizing Human Rights: International Relations Theory and the Commonwealth Caribbean Backlash against Human Rights Regimes", *Columbia Law Review*, 102(7), 2002, pp.1832-911; Mortimer N.S. Sellers, "The Authority of the International Court of Justice", *International Legal Theory* 8, 2002, pp.41-48; Carrubba and Gabel, p.70. Posner and Yoo likewise suggest that independent adjudication is not a desirable outcome at the interstate level, since there is lack of political unity. They therefore believe that international judges should not neglect requests from their appointing governments to encourage states to comply with decisions. Eric Posner & John C. Yoo, "Judicial Independence in International Tribunals", *California Law Review*, 93, 2005, p.66.

at the expense of the rule of law. This has resulted in a remarkable number of exceptions that have impaired that rule through distortion or evisceration. On the one hand, a strong emphasis on the rule of law may underestimate the political context and hence risk irrelevance. On the other, tolerating too many exceptions erodes the rule of law. There is therefore a need readjust expectations of the circumstances and the extent to which members of the ICJ can realistically go beyond the wishes of their appointing states. In other words, those expectations should meet both what judges can do and what states can approve. A balance between two would better serve the ICJ's current reputation.

Public awareness is one catalyst for the rule of law. If a court has the legitimacy of solid public trust, it becomes difficult for governments to flout adverse court rulings.¹⁰⁸ The quality of public awareness plays a primary role in the disposition and timing of the rulings of national courts.¹⁰⁹ By the same token, it is difficult to make government compliance with international courts more likely without public support.¹¹⁰ The popular will could be key to maintaining the rule of law at the international level by exerting pressure on intransigent governments. Along with increasing the level of compliance, popular support would also make it less risky for international judges to perform their functions impartially. The question is whether the ICJ can obtain the level of public support that would free its members from the double-edged sword conundrum described earlier. The current political zeitgeist is not favourable to engendering public support given significant developments such as ongoing civil wars, the continuing growth of international migration, the pandemic and the war between Russia and the Ukraine. Populations are thus open to exchanging the rule of law for nationalist glory or economic opportunity.¹¹¹ Public support as the third pillar of the independence of ICJ

¹⁰⁸ Carrubba and Gabel, p.71

¹⁰⁹ See for discussions about the importance of public support for judicial decisions and the needed means (such as media and transparency) to build public support: Georg Vanberg, *The Politics of Constitutional Review in Germany*, CUP, 2005, p.49; Jeffrey K. Staton, "Constitutional Review and the Selective Promotion of Case Results", *American Journal of Political Science*, 50(1), 2006, p.110; James Cavallaro & Stephanie E. Brewer, "Reevaluating Regional Human Rights Litigation in the Twenty-First Century: The Case of the Inter-American Court", *American Journal of International Law*, 102(4), 2008, pp.768-827.

¹¹⁰ Staton and Moore suggest that mobilization of public support by the media is also necessary. Jeffrey K. Staton & Will H. Moore, "Judicial Power in Domestic and International Politics", *International Organization*, 65(3), 2011, p.566.

¹¹¹ Karen, 2019, p.33.

judges thus remains weak.

CONCLUSION

The contribution of the ICJ to the development of international law and peaceful resolution cannot be overlooked. It is still the only ICs that can adjudicate international disputes between states. The Court's contribution to the development of international law and the peaceful settlement of disputes in one form or another is undeniable. It provides a ground on which states, even those that recklessly infringe international law, to discuss the legality of their actions. For example, the custom of appointing members from the permanent five can be criticised. But without this measure the ICJ would hardly have a Russian representative in legal cases between the Ukraine and Russia, in particular the one regarding the Genocide Convention. The various forms of manifesting consent encourage even sworn enemies to make applications against each other. States can communicate, however reluctantly, under the auspices of the ICJ, and thus not completely lose their connection with international law. Therefore, although challenges to the Court's impartiality are serious, preserving that mechanism should be the priority.

The escalating tension between states and the surge of the far right in Europe¹¹² have encouraged states to contravene international law on the pretext of maintaining their security. The current political zeitgeist has a profound impact on the rule of law. This in turn complicates the preservation of the ICJ's authority, since states are readier to insist on their national interests before those of international law as embodied in the ICJ. Yet the traditional basis of state consent barely justifies those ICJ judgements that are overtly *raison d'état*. If concerns about the Court's impartiality continue to grow, it will diminish its reputation, with the possible consequence that it could become a dormant body.¹¹³ It is true that its members do not have the luxury of acting in isolation from their states, and that their international adjudication is subject to the systemic and structural constraints of an order rooted in state sovereignty.¹¹⁴ But for the Court to be credible and respected in the eyes of world, its members should endeavour to demonstrate independence from their

¹¹² Higgins, 1995.

¹¹³ Alter argues in a softer manner that "ICs might enter "Sleeping Beauty" mode." Karen, 2019, p.26.

¹¹⁴ Gleider I. Hernandez, "Impartiality and Bias at the International Court of Justice", *Cambridge J Int'l & Comp L*, 1(3), 2012, pp.199-200.

states, embraced but not suffocated by them. Rather than a myopic failure to go beyond the concerns of disputing parties, it is incumbent upon members to consider how their treatment of each case affects the habit of adjudication.¹¹⁵ The Court must be more concerned to safeguard its prestige and the authority that comes from it.¹¹⁶ They should avoid any practice that might entangle the Court in situations that undermine its reputation for independence as the highest authority on public international law.

Since the essential dynamics are still fairly embryonic, it is not possible to establish a sustainable coordination between the three pillars to develop a sound monitoring mechanism to ensure judicial independence and the impartiality of members. This suggests that the discretion of members continues to play the central role in this regard. An expectation that ICJ members enforce international law in an entirely disinterested way seems to be a Sisyphean task. Since “there seems little alternative to leaving matters as they stand”,¹¹⁷ any conscientious members may by a herculean effort check the erosion of the ICJ’s reputation. Only popular support would relieve the pressure on members and untie the Gordian knot.

The current study contributes to the literature by providing more insight into this largely ignored topic. The previous studies picture deficiencies of the ICJ by evaluating the voting pattern of members in particular. To the best of author’s knowledge, they neither address how these deficiencies could endanger the reputation of the Court, nor take into account the political climate that gridlocks the situation. The study endeavours to fill that gap. Future research might focus on the issue of members’ incompetence that can also have a detrimental effect on the Court’s image.

¹¹⁵ Potter, 1948.

¹¹⁶ Kolb, 2013, p.996

¹¹⁷ D. W. Bowett, James Crawford, Ian Sinclair & Arthur D. Watts, “Efficiency of Procedures and Working Methods: Report of the Study Group Established by the British Institute of International and Comparative Law as a Contribution to the UN Decade of International Law”, *International & Comparative Law Quarterly*, 45(S1), 1996, p.30.

BIBLIOGRAPHY

- Advisory Committee of Jurists, Proces-Verbaux of the Proceedings of the Committee, 16 June-24 July 1920.
- Akipek, Ö İ, *Milletlerarası Adalet Divanı*, 1974.
- Allegations of Genocide under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (*Ukraine v. Russian Federation*), Request for the Indication of Provisional Measures, Order, 16 March 2022, General List No. 182.
- Allegations of Genocide under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (*Ukraine v. Russian Federation*) – Intervention, <https://www.icj-cij.org/en/case/182/intervention>, Accessed on 22 July 2023.
- Alter K J, “Critical Junctures and the Future of International Courts in a Post-Liberal World Order” in Avidan Kent, Nikos Skoutaris and Jamie Trinidad (eds.), *The Future of International Courts Regional, Institutional and Procedural Challenges*, Routledge, 2019.
- Alter K, *New Terrain of International Law: Courts, Politics, Rights*, Princeton, NJ: Princeton Univ. Press, 2014.
- Ambatielos case (jurisdiction), Judgment of July 1st, 1952: I.C. J. Reports 1952.
- Anglo-Iranian Oil Co. case (jurisdiction), Judgment of July 22nd, 1952: I.C.J. Reports 1952.
- Application of the International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism and of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (*Ukraine v. Russian Federation*), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2019, <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/166/166-20191108-JUD-01-00-EN.pdf>, Accessed on 22 July 2023.
- Application of the International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism and of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (*Ukraine v. Russian Federation*), Provisional Measures, Order of 19 April 2017, I.C.J. Reports 2017, p. 104, <https://www.icj-cij.org/public/files/case->

related/166/166-20170419-ORD-01-00-EN.pdf, Accessed on 22 July 2023.

Arı, T, “Morton A. Kaplan ve Uluslararası Politikada Sistem Yaklaşımı”, *Uludağ Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, 11(1-2), 1990, pp.103-118.

Bogdandy A & Venzke I, “In Whose Name? An Investigation of International Courts’ Public Authority and Its Democratic Justification”, *European Journal of International Law*, 23(1), 2012, pp.7–41.

Bowett D, Crawford J, Sinclair I, & Watts A, “Efficiency of Procedures and Working Methods: Report of the Study Group Established by the British Institute of International and Comparative Law as a Contribution to the UN Decade of International Law”, *International & Comparative Law Quarterly*, 45(S1), 1996, pp.1-32.

Carrubba C & Gabel M, “International Courts: A Theoretical Assessment”, *Annual Review of Political Science*, 20, 2017, pp. 55-73.

Cavallaro J & Brewer S, “Reevaluating Regional Human Rights Litigation in the Twenty-First Century: The Case of the Inter-American Court”, *American Journal of International Law*, 102(4), 2008, pp.768-827.

Certain Iranian Assets (Islamic Republic of Iran v. United States of America).

Crawford, J, & McIntyre, J, “The Independence and Impartiality of the ‘International Judiciary’” in Shimon Shetreet & Christopher Forsyth (eds.) *The Culture of Judicial Independence: Conceptual Foundations and Practical Challenges*, Martinus Nijhoff, 2012.

Dunoff J & Pollack M, “The Judicial Trilemma”, *American Journal of International Law*, 111(2), 2017, pp. 225-276.

Dworkin R, *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, 1978.

EEAS Press Team, “Joint Statement on Supporting Ukraine in its Proceeding at the International Court of Justice”, (13.07.2022) https://www.eeas.europa.eu/eeas/joint-statement-supporting-ukraine-its-proceeding-international-court-justice_en, Accessed on 22 July 2023.

Falk R A, “The South West Africa Cases: An Appraisal, International Organization”, *International Organization*, 21(1), 1967, pp.1-23.

- Fourth Annual Report of Permanent Court of International Justice, (June 15th, 1927-June 15th, 1928), Series E., No. 4.
- Freedman L, “Weak States and the West”, *Society*, 32, 1994, pp.17–20.
- Giorgetti C, , “The Challenge and Recusal of Judges at the International Court of Justice” in Chiara Giorgetti (ed.) *Challenges and Recusals of Judges and Arbitrators in International Courts and Tribunals*, Brill, 2015.
- Gorobets K, “The International Rule of Law and the Idea of Normative Authority”, *Hague J Rule Law*, 12, 2020, pp.227–249.
- Grant J P, *Law Essentials: International Law*, Dundee University Press, 2010.
- Helfer L R, “Overlegalizing Human Rights: International Relations Theory and the Commonwealth Caribbean Backlash against Human Rights Regimes”, *Columbia Law Review*, 102(7), 2002, pp.1832-911.
- Hensley T R, “National Bias and the International Court of Justice”, *Midwest Journal of Political Science*, 12, 1968, pp.568–86.
- Hernandez G I, “A Reluctant Guardian: The International Court of Justice and the Concept of ‘International Community’”, *British Yearbook of International Law*, 83, 2013, pp.13–60.
- Hernandez G I, “Impartiality and Bias at the International Court of Justice”, *Cambridge J Int’l & Comp L*, 1(3), 2012, pp.183-207.
- Higgins R, *Problems and Process: International Law and How We Use It*, OUP, 1995.
- Hudson M O, “The Central American Court of Justice”, *American Journal of International Law*, 26(4), 1932, pp.759-786.
- Hussain I, *Dissenting and Separate Opinions at the World Court*, Martinus Nijhoff Publishers, 1984.
- International Court of Justice, Information furnished by the European Union, 18 August 2022, <https://www.tandfonline.com/doi/epub/10.1080/14623528.2022.2143528>, Accessed on 22 July 2023.
- Jennings R, “The International Court of Justice after Fifty Years”, *American Journal of International Law*, 89(3), 1995, pp.493-505.
- Jhabvala F, “The Scope of Individual Opinions in the World Court”,

Netherlands Yearbook of International Law, 13, 1982, pp.33-59.

Johns L, *Strengthening International Courts: The Hidden Costs of Legalization*, University of Michigan Press, 2015.

Jones H L, “Why Comply? An Analysis of Trends in Compliance with Judgments of the International Court of Justice since Nicaragua”, *Chi.-Kent J. Int’l & Comp. Law*, 12(1), 2012, pp.57-98.

Kattan V, “Decolonizing the International Court of Justice: The Experience of Judge Sir Muhammad Zafrulla Khan in the South West Africa Cases”, *Asian Journal of International Law*, 5, 2015, pp.310–355.

Kent A, Skoutaris N & Trinidad J, *The Future of International Courts Regional, Institutional and Procedural Challenges*, Routledge, 2019.

Kirgis F L, , “The Security Council’s First Fifty Years”, *Am. J. Int’l L.*, 89, 1995, pp.506-539.

Kolb R, *The International Court of Justice*, Hart Publishing, 2013.

Koskenniemi M, “The Ideology of International Adjudication and the 1907 Hague Conference” in *The Hague Academy of International Law* (ed.), *Topicality of the 1907 Hague Conference, The Second Peace Conference*, Brill, 2008.

Koskenniemi M, *The Politics of International Law* (Hart Publishing, 2011).

Landale J, “How the UK lost its International Court of Justice place to India” (21 November 2017), *BBC News*, <https://www.bbc.co.uk/news/uk-politics-42063664>, Accessed on 22 July 2023.

Lauterpacht H, *The Function of Law in the International Community*, OUP, 2011.

Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1971.

Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, I. C. J. Reports 2004.

Loughlin M, *Sword and Scales: An Examination of the Relationship between Law and Politics*, Hart Publishing, 2000.

- Maghraoui A, “Ambiguities of Sovereignty: Morocco, The Hague and the Western Sahara Dispute”, *Mediterranean Politics*, 8(1), 2003, pp.113-126.
- Malecki M, “Do ECJ Judges All Speak with the Same Voice? Evidence of Divergent Preferences from the Judgments of Chambers”, *J. Eur. Public Policy*, 19(1), 2012, pp.59–75.
- Marchuk I & Wanigasuriya A, “Beyond the False Claim of Genocide: Preliminary Reflections on Ukraine’s Prospects in Its Pursuit of Justice at the ICJ”, *Journal of Genocide Research*, 25(5), 2022, pp.1-23.
- Mingst K A, Karns M P & Lyon A J, *The United Nations in the 21st Century*, Routledge, 2022.
- Orakhelashvili A, *Akehurst’s Modern Introduction to International Law*, Routledge, 2019.
- Osterwalder N B & Brauch M D, “Is “Moonlighting” a Problem? The role of ICJ Judges in ISDS” International Institute for Sustainable Development, 2017, <https://www.iisd.org/system/files/publications/icj-judges-isds-commentary.pdf>, Accessed on 22 July 2023.
- Paulson C, “Compliance with Final Judgments of the International Court of Justice since 1987”, *the American Journal of International Law*, 98, 2004, pp.434–461.
- Pollack, M A, “International Relations Theory and International Courts and Tribunals”, *SSRN*, 2020, <https://ssrn.com/abstract=3634791>, Accessed on 22 July 2023.
- Posner E A & Figueiredo MFP, “Is the International Court of Justice Biased?”, *The Journal of Legal Studies*, 34(2), 2005, pp.599-630.
- Posner E A & Yoo J C, “Judicial Independence in International Tribunals”, *California Law Review*, 93, 2005, pp. 3-74.
- Potter P B, “The Habit of International Legal Action”, *World Affairs*, 111(1), 1948, pp.35-37.
- Prott L, “Role, Consensus and Opinion Analysis at the International Court of Justice”, *Netherlands Yearbook of International Law*, 14, 1983, pp.69-85.

- Reçber K, *Uluslararası Hukuk*, Dora, Bursa, 2023.
- Righter R, *Utopia Lost: The United Nations and World Order*, The Century Foundation, 1995.
- Rosenne S, *The Law and Practice of the International Court*, Martinus Nijhoff Publishers, 1985.
- Rovine A W, “The National Interest and the World Court” in Leo Gross (ed.), *The Future of the International Court of Justice*, Oceana Publications, 1976.
- Samore W, “National Origins v. Impartial Decisions: A Study of World Court Holding” *Chicago-Kent Law Review*, 34, 1956, pp. 193–221.
- Schwebel S M, “Judge Sir Hersch Lauterpacht’s Report on the Revision of the Statute of the International Court of Justice”, in David D. Caron and others (eds), *Practising Virtue: Inside International Arbitration*, OUP, 2015.
- Schwebel, S M, “National Judges and Judges Ad Hoc of the International Court of Justice”, *The International and Comparative Law Quarterly*, 48(4), 1999, pp.889–900.
- Scott J B, “A Permanent Court of International Justice”, *American Journal of International Law*, 15(1), 1921, pp.52-55.
- Sellers M N S, “The Authority of the International Court of Justice”, *International Legal Theory*, 8, 2002, pp.41-48.
- Shaffer G, “Legal Realism and International Law” in J. Dunoff & M. Pollack (Eds.), *International Legal Theory: Foundations and Frontiers*, Cambridge University Press, 2022.
- Shaw M N, *International Law*, CUP, 6th ed., 2008.
- Sloan FB, “Advisory Jurisdiction of the International Court of Justice”, *California Law Review*, 38(5), 1950, pp.830-859.
- Staton J K & Moore W H, “Judicial Power in Domestic and International Politics”, *International Organization*, 65(3), 2011, pp.553–587.
- Staton J K, “Constitutional Review and the Selective Promotion of Case Results”, *American Journal of Political Science*, 50(1), 2006, pp.98–

112.

Steinberg, R H & Zasloff J M, “Power and International Law”, *The American Journal of International Law*, 100(1), 2006, pp.64–87.

Suh I, “Voting Behavior of National Judges in International Courts”, *American Journal of International Law*, 63(2), 1969, pp.224-236.

The International Court of Justice, Handbook, <https://www.icj-cij.org/public/files/publications/handbook-of-the-court-en.pdf>, Accessed on 22 July 2023.

Thirlway H, “The International Court of Justice” in Malcolm D. Evans (ed.) *International Law*, OUP, 2014.

Thomas F, *Fairness in International Law and Institutions*, OUP, 1995.

Tomka P, “President of the International Court of Justice, at the High-Level Meeting on the Rule of Law” (24 September 2012) https://www.un.org/ruleoflaw/wp-content/uploads/2017/05/Statement_ICJ.pdf, Accessed on 22 July 2023.

Tomka P, “The Role of the International Court of Justice in the Inter-State Legal Order”, Statement to Students of the St. Petersburg State University, 2013, <https://www.icj-cij.org/public/files/press-releases/8/17448.pdf>, Accessed on 22 July 2023.

Tuyishime D, “Critical Analysis on the Ineffectiveness of the ICJ in the Settlement of Disputes between States: The Example of Nicaragua Case”, *E-Journal of Law*, 3(1), 2017.

Vanberg G, *The Politics of Constitutional Review in Germany*, CUP, 2005.

Voeten E, “The Impartiality of International Judges: Evidence from the European Court of Human Rights”, *American Political Science Review*, 102(4), 2008, pp.417-433.

Voeten E, “The Politics of International Judicial Appointments: Evidence from the European Court of Human Rights”, *International Organization*, 61(4), 2017, pp.669-701.

Volterra R G, “How to Win Cases before the ICJ in the 21st Century” (21/04/2021) Jindal Global University, <https://www.barandbench.com/apprentice-lawyer/webinar-alert-how-to-win-cases-before-the-icj-in->

the-21st-century-by-robert-g-volterra, Accessed on 22 July 2023.

Weiss E D, “Judicial Independence and Impartiality: A Preliminary Inquiry” in Lori F. Damrosch (ed), *The International Court of Justice at a Crossroads*, Transnational Pub., 1987.

Weiss T G, *What’s Wrong with the United Nations and How to Fix It*, Polity, 2009.

Zimmermann A, Tomuschat C, Frahm K O & Tams C J, *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary*, OUP, 2019.

Hukuk Fakültesi Dergisi

Ankara Hacı Bayram Veli University
Faculty of Law Review

ISSN: 2651-4141 e-ISSN: 2667-4068
Cilt/Volume XXVIII Temmuz/July 2024 Sayı/No. 3

ROMA STATÜSÜ M. 28'E GÖRE ÜSTLERİN ASTLARIN İŞLEDİĞİ SUÇLARDAN KAYNAKLANAN CEZAI SORUMLULUĞU

ACCORDING TO ARTICLE 28 OF THE ROME STATUTE CRIMINAL
LIABILITY OF SUPERIORS ARISING FROM CRIMES COMMITTED BY
SUBORDINATES

Hasan İBA*  

ÖZET

Roma Statüsü'nün 28. maddesi, üstlerin astlarının işledikleri suçlardan kaynaklanan cezai sorumluluklarını düzenlemektedir. Düzenlemeye göre üst, hiyerarşik konumundan kaynaklanan yükümlülüklerini durumun gerektirdiği ölçüde yerine getirmediği için Divan'ın yargı çevresindeki suçların işlenmesini önleyememiş, icrası devam etmekte olan suçları bastıramamış, suç tamamlandıktan sonra sorumluları cezalandırmamış ya da cezalandırma yetkisinin olmadığı hallerde durumu soruşturulması ve kovuşturulması için yetkili makamlara bildirmemişse sorumlu olmaktadır. Düzenleme, Statü'de yer alan suçların ağırlığı ve geniş etki alanı dikkate alındığında üstleri yükümlülüklerini yerine getirme konusunda azami hassasiyet göstermeye sevk etmeyi ve bu suretle uluslararası alanda insan hakları ihlallerinin önüne geçmeyi hedeflemektedir.

Bu çalışmada, birçok uluslararası belgede yer alan üstün sorumluluğu kurumu, Roma Statüsü'nün 28. maddesi bağlamında detaylı bir şekilde ele alınacaktır.

Anahtar Kelimeler: Üstün sorumluluğu, Savaş suçları, Soykırım suçu, İnsanlığa karşı suçlar, Saldırı suçu.

* Dr. Öğr. Üyesi., Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı/ERZİNCAN E-Posta: hiba@erzincan.edu.tr, ORCID: 0000-0002-2330-7190, DOI: 10.34246/ahbvuhfd.1400361.

- Atıf Şekli/ **Cite As:** İba H, "Roma Statüsü m. 28'e Göre Üstlerin Astların İşlediği Suçlardan Kaynaklanan Cezai Sorumluluğu", *AHBVÜ Hukuk Fakültesi Dergisi*, 28(3), 2024, s.207-262.
- İntihal / **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.*



ABSTRACT

Article 28 of the Rome Statute, regulates the criminal liability of superiors arising from the crimes committed by their subordinates. According to the regulation, the superior is liable if he did not fulfill his obligations arising from his hierarchical position to the extent required by the situation. In terms of the crimes within the jurisdiction of the Court, superior must prevent, suppress these crimes or punish/report those responsible after the crimes were completed. Considering the gravity and wide impact of the crimes included in the Statute, the regulation aims to force superiors to show maximum sensitivity in fulfilling their obligations and thus to prevent human rights violations in the international arena.

In this study, the institution of superior liability will be discussed in detail in the context of Article 28 of the Rome Statute.

Keywords: *Superior responsibility, War crimes, Crime of genocide, Crimes against humanity, Crime of aggression.*

EXTENDED ABSTRACT

The institution of superior responsibility is essentially based on customary international law, but it has also been included in many international agreements. In this study, the institution of superior responsibility -which dates back to ancient times and was shaped by many important events throughout the historical process- will be examined in the context of Rome Statute article 28.

According to Rome Statute article 28, the superior is under the obligation to prevent the commission of crimes by his subordinates within the jurisdiction of the Court, to suppress the crimes in progress, to punish those responsible after the crime is completed or -if he does not have the authority to punish- to report the situation to the competent authorities for investigation and prosecution.

The Rome Statute regulates superior responsibility in more detail and more comprehensively than all previous international texts. In paragraphs (a) and (b) of the regulation, two separate types of responsibility are included, which, although they have many common points, are distinguished from each other, especially in the context of the subjective element and agency status. In paragraph (a) of the regulation, the responsibilities of “military superiors” and “de facto military superiors” are regulated, and in paragraph (b) the responsibilities of superiors outside these two categories are regulated. Moreover, while the perpetrators may be liable for their reckless actions in paragraph (a) of the regulation, the subjective element included in paragraph (b) is only intent. Intentional ignoring is also considered a mental state equivalent to intent.

It is controversial whether the superior's responsibility is an independent type of responsibility or whether the superior will be responsible for the crimes committed

by his subordinates. According to one view, superior responsibility is a form of participation in crime; according to another view, it is an independent type of responsibility; and according to the prevailing view, it is a sui generis category of responsibility. This debate is not important at a purely theoretical level, but is decisive in terms of the amount and type of punishment the superior will receive.

As a rule, liability for crimes committed by someone else is possible through participation in the crime. The institution of participation in crime is included in article 25 of the Statute. The institution of superior liability is a category of secondary responsibility that complements the institution of participation in crime. There are differences between the two institutions in many respects. First, the subjective element of participation is intention. If the conditions for superior responsibility are met, the superior can also be held responsible for his reckless behavior. Second, participation in the crime is possible until the crime is completed. Responsibility for violating the obligation to punish/notify the superior takes place after the subordinates complete the crime. Third, in participation in crime, the participants may be in the same hierarchy. In case of superior responsibility, the existence of a vertical relationship is mandatory.

In order to punish superior, according to article 28, (1) superior must have effective control over his subordinates, (2) superior must know that his subordinates have committed a crime or he must knowingly ignore it or at least he must be in a position to know (in terms of military and superiors who actually act as military superiors), (3) his subordinates must commit a crime as a result of not taking the necessary precautions.

The superior-subordinate relationship may be legally established *de jure* or *de facto*. What is important in the superior-subordinate relationship is that one/someone has the ability to have effective control over the other/others. While determining this issue, each concrete case should be evaluated within its own conditions.

Crimes that fall within the jurisdiction of the Court are genocide, crimes against humanity, war crimes and the crime of aggression. In terms of superior responsibility, it is not necessary for subordinates to be the perpetrators of these crimes; The participation of subordinates in these crimes as accomplices through their executive or negligent behavior does not prevent the superior from being held responsible. Likewise, it is not important that the crimes in question remain at the attempted stage.

GİRİŞ

İnsanlık tarihi, savaşlar ve soykırımlarla doludur. Sivil ve askeri üstlerin astları üzerindeki yetkilerini uluslararası insancıl hukukun¹ gerektirdiği şekilde

¹ Kavram için bkz. Oğuz Demiralp, “Uluslararası İnsancıl Hukuk: Kökenleri ve Gelişimi”,

kullanması bahse konu olayların tekrar yaşanmaması bakımından önem arz etmektedir. Bu yüzden üste, uluslararası insancıl hukuku ihlal etmeme hususunda astlarını kontrol etme ve denetleme yükümlülüğü getirilmeli, yükümlülüğünü ihlal eden üst sorumlu olmalıdır. Üstlerin astlarının işlediği suçlardan kaynaklanan cezai sorumluluğunu düzenleyen *Roma Statüsü*'nün 28. maddesi bu işlevi haizdir.²

Kural olarak, bir kimsenin başkasının işlediği bir fiil dolayısıyla sorumlu tutulabilmesi için bu kişi ile arasında iştirak ilişkisinin olması gerekir.³ İştirak kurumu, *Roma Statüsü*'nün 25. maddesinde düzenlenmiştir. *Statü*'nün 28. maddesinde düzenlenen üstün sorumluluğu kurumu, uluslararası ceza hukukunda başkasının fiilinden kaynaklanan sorumluluğun bir başka kategorisidir. Düzenlemeye göre üst, astlarının suçun icrasına başlamasını önleme, icrası başlayan suçu bastırma, suç işlendikten sonra sorumluları cezalandırma ya da cezalandırma yetkisi yoksa durumu yetkililere bildirme yükümlülükleri altındadır. Üst, yükümlülüklerini kasıtlı ya da taksirli davranışlarıyla ihlal ettiğinde sorumlu olmaktadır.

Önleme, bastırma ve cezalandırma/bildirme yükümlülükleri aktif davranışta bulunmayı gerektiren yükümlülüklerdir. Bu yönüyle üstün sorumluluğu kurumu, ihmali davranışla uluslararası sorumluluğun olmayacağı kuralının istisnasını teşkil etmektedir.⁴ Salt ihmali davranışla ihlal edilebilen yükümlülüklerde sorumluluğun manevi unsuru, kural olarak, kasttır.⁵ *Roma Statüsü* m. 28'e göre ise üst taksirinin varlığı halinde de sorumlu olabilmektedir. Ayrıca üstün sorumluluğunun bağımsız bir sorumluluk kategorisi olup olmadığı da açık değildir. Önleme ve bastırma yükümlülükleri bakımından astın işlediği suçla üstün yerine getirmediği yükümlülük arasında ilişki kurulabilirse de cezalandırma/bildirme yükümlülüğünü ihlal astın suç işlemesinden sonra söz konusu olabildiği için bu ilişkiyi kurmak zordur.

Uluslararası Suçlar ve Tarih/International Crimes and History, 22, 2021, s. 21-28.

² Otto Triffterer/Kai Ambos, *The Rome Statute of the International Criminal Court a Commentary*, 3rd Edition, C. H. Beck, 2015, s. 1081.

³ Kai Ambos, "Joint Criminal Enterprise and Command Responsibility", *Journal of International Criminal Justice*, 5(1), 2007, s. 159-160.

⁴ Durmuş Tezcan/M. Ruhan Erdem/R. Murat Önok, *Uluslararası Ceza Hukuku*, 7. Baskı, Seçkin, 2023, s. 546-547.

⁵ Volker Nerlich, "Superior Responsibility under Article 28 ICC Statute: For What Exactly is the Superior Held Responsible?" *Journal of International Criminal Justice*, 5(3), 2007, s. 678.

Belirtilen özellikleri dolayısıyla *Roma Statüsü* m. 28’de yer verilen üstün sorumluluğu kurumu uluslararası hukuka özgü, *sui generis* bir sorumluluk kategorisidir.⁶

Astların işlediği bütün suçlar, *Statü*’nün 28. maddesi bağlamında üstün sorumluluğuna yol açmamaktadır. Üstün sorumluluğu, *Uluslararası Ceza Divanı*’nın⁷ yargı yetkisi kapsamındaki suçlarla sınırlıdır. *Statü*’nün 5. maddesine göre *Uluslararası Ceza Divanı*’nın yargı yetkisine giren suçlar; *soykırım suçu, insanlığa karşı suçlar, savaş suçları ve saldırı suçu*’dur. Bu yüzden bu çalışmada “suç” kelimesi bu dört suç tipiyle sınırlı olarak kullanılacaktır. Bununla birlikte *Roma Statüsü*’nde bahse konu suçların tipleri; öldürme, yaralama, yağma, cinsel saldırı, mala zarar verme, çocuk düşürtme, hürriyetten yoksun bırakma, işkence, zorla çalıştırma, cebir, tehdit, ayrımcılık gibi birçok fiili kapsayacak şekilde geniş düzenlemiştir. Bu yüzden üstün sorumluluğunun dayanağını teşkil eden suçlar sınırlı sayıda olsa da geniş kapsamlıdır.

Düzenlemede fail bakımından, “askeri üst”, “fiilen askeri üst gibi hareket eden kimse” ve “diğer üstler” şeklinde üç farklı kategoriye yer verilmiştir. Çalışmamızda bu üç kategoriye ilgilendiren ortak konularda şemsiye kavram olarak “üst” kelimesini kullanacak, sorumluluk kategorilerinden salt birini ilgilendiren meselelerde ise düzenlemedeki tasnifi esas alacağız. Milli hukukumuzda 211 sayılı İç Hizmet Kanununun (İHK) 10. maddesine göre, “üst tabiri, rütbe veya kıdem büyüklüğünü gösterir”. İHK m. 9’a göre ise, “amir: makam ve memuriyet itibariyle emretmek yetkisini haiz kimsedir. Bunun emri altındakilere maiyet denir”. *Değirmenci*’ye göre, 211 sayılı Kanun dolayısıyla, “üst” kavramı yerine daha kapsayıcı bir kavram olarak, “amir” kavramının kullanılması daha doğrudur.⁸ Biz, “amir” kavramının hukuki

⁶ Stefan Trechsel, “Command Responsibility as a Separate Offense”, *Publicist*, 3(1), 2009, s. 34-35; Elies van Sliedregt, “Command Responsibility at the ICTY-Three Generations of Case Law and Still Ambiguity”, Bert Swart et al. (ed.), *The Legacy of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*, Oxford University Press, 2011, s. 388; Chantal Meloni, “Command Responsibility: Mode of Liability for the Crimes of Subordinates or Separate Offence of the Superior?”, *Journal of International Criminal Justice*, 5(3), 2007, s. 631; Robert Cryer/Hakan Friman/Darryl Robinson/Elizabeth Wilmshurst, *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, 3rd Edition, Cambridge University Press, 2014, s. 394; Maria L. Nybondas, *Command Responsibility and Its Applicability to Civilian Superiors*, T. M. C. Asser Press, 2010, s. 180; Mettraux, s. 38.

⁷ 1982 Anayasası’nın 38. maddesinin son fıkrasında, “Uluslararası Ceza Divanı” ifadesi kullanıldığı için, terminolojik olarak, “mahkeme” yerine “divan” kelimesini tercih ettik.

⁸ Olgun Değirmenci, “Uluslararası Ceza Hukukunda Komuta Sorumluluğu İlkesi”, *Ceza*

olarak yetkilendirilmiş kimseyi çağrıştırmaması, üstün sorumluluğu kurumunun ise salt hukuki değil, fiili hiyerarşiyi de kapsaması dolayısıyla “üst” kavramını tercih ettik. Ayrıca, kanaatimizce, “üst” kavramı kurumun doğasını yansıtmaması bakımından günlük dil pratiği ile daha uyumlu olduğu gibi, *Roma Statüsü* m. 28'in başlığında yer verilen “*superior*” kelimesinin dilimizdeki en uygun karşılığıdır.

Bu çalışma üç bölümden oluşmaktadır:

Uluslararası Ceza Divanı'nın kuruluş antlaşması olan *Roma Statüsü*, 1998 yılında imzalanmış, *Uluslararası Ceza Divanı* faaliyetine 1 Temmuz 2002 tarihinde başlamıştır. *Divan*'ın önüne gelen ilk dava, 2005 tarihli. *Statü*'nün üstün sorumluluğu kurumunu düzenleyen 28. maddesinin kodifikasyonunda 2. Dünya Savaşı sırasında ve sonrasında kurulan *ad-hoc* (geçici/belli bir olay ya da durumla sınırlı) mahkemelerin statüleri etkili olmuştur.⁹ Ayrıca bu mahkemelerce verilen kararlar, *Roma Statüsü* m. 28'in yorumlanması bakımından *Divan*'ın içtihatlarını etkilemektedir. Bu yüzden çalışmanın birinci bölümünde üstün sorumluluğu kurumunun tarihsel gelişimi ele alınacaktır.

Çalışmanın ikinci bölümünde üstün sorumluluğu kurumunun hukuki niteliği üzerinde durulacaktır. Öğretide *Roma Statüsü* m. 28'de yer verilen üstün sorumluluğu kurumunun bağımsız bir sorumluluk kategorisi olup olmadığı tartışmalıdır. Kabul edilecek görüş; cezanın tayini, manevi unsur ve nedensellik bağlantısı başta olmak üzere birçok konuda belirleyici olmaktadır. Türk öğretisinde bir görüşe göre¹⁰ üstün sorumluluğu astların işlediği suçlardan tamamen bağımsız iken diğer bir görüşe göre¹¹ üst, kendi ihmalinden astlarının işlediği suçlar dolayısıyla sorumlu olmaktadır. Bize göre üstün sorumluluğu kurumunun hukuki niteliği belirlenirken bütünsel bir niteleme yapmak yerine *Roma Statüsü* m. 28'de yer verilen faillik kategorileri ve yükümlülük türlerine göre değerlendirme yapmak gerekir.

Çalışmanın üçüncü bölümünde üstün sorumluluğu kurumu subjektif

Hukuku Dergisi, 3(8), 2008, s. 61.

⁹ Triffterer/Ambos, s. 1076; Elies van Sliedregt, *Individual Criminal Responsibility in International Law*, 1st Edition, Oxford University Press, 2012, s. 183.

¹⁰ Yusuf Aksar, “The Concept of Command Responsibility? Superior or ‘Objective’ Responsibility” in *International Humanitarian Law: The Practice of the ICTY and the ICTR and Their Possible Impact on the ICC*”, *Turkish Review of Balkan Studies*, 17, 2006, s. 15.

¹¹ Değirmenci, s. 59; Tezcan/Erdem/Önok, s. 547.

ve objektif unsurları itibarıyla ele alınacaktır. Üstün sorumluluğu bir kurum olarak ele alınacağı için büyük ölçüde deskriptif (tanıtıcı) nitelikte olacak olan bu bölümde; manevi unsurun neleri kapsadığı, sivil üstlerin taksirli sorumluluğunun bulunup bulunmadığı, ast-üst ilişkisinden hangi durumlarda söz edilebileceği, “astların işlediği suç” ifadesinden ne anlaşılması gerektiği, hangi durumlarda üstün yükümlülüklerini ihmal etmiş sayılacağı, suç işlendikten sonra üst pozisyonuna gelen kişinin kendisinden önce işlenen suçları cezalandırma/bildirme yükümlülüğünün bulunup bulunmadığı, üstün birden fazla yükümlülüğü ihlal etmesi halinde her birinden ayrı ayrı sorumlu olup olmayacağı ve astın işlediği suçla üstün yükümlülüklerini ihmal etmesi arasında nedensellik bağlantısının bulunup bulunmadığı gibi tartışmalı konular üzerinde durulacaktır.

I. TARİHSEL GELİŞİM

A. 2. Dünya Savaşı'na Kadar Olan Dönem

Üstün sorumluluğu kurumu, esasen uluslararası örfi hukuka dayanmakla birlikte birçok uluslararası antlaşmada da yer almıştır.¹² Geçmişte antik dönemlere kadar uzanan¹³ ve tarihsel süreç içerisinde birçok önemli olayla¹⁴ şekillenen üstün sorumluluğu kurumuna, uluslararası yazılı hukukta ilk kez 1864 tarihli *Cenevre Antlaşması*'nin 8. maddesinde yer verilmiştir.¹⁵ İlgili düzenlemeye göre;

“Bu Antlaşma'daki hükümler, ilgili hükümetlerin talimatları ve bu Antlaşma'da ortaya konulan genel ilkeler doğrultusunda, muharip tarafların başkomutanları tarafından yürütülecektir”.

¹² Değirmenci, s. 60.

¹³ Milattan önce 5. yüzyılda *Sun Tzu* tarafından yazılan “Savaş Sanatı” adlı eserde üstün sorumluluğuna ilişkin ilkel prensipler bulunduğu hakkında bkz. William H. Parks, “Command Responsibility for War Crimes”, *Military Law Review*, 62(1), 1973, s. 3.

¹⁴ Triffterer/Ambos, s. 1063. Fransa Kralı VII. Charles'ın 1439 yılında çıkardığı fermanın üstün sorumluluğu ilkesinin tarihsel gelişiminde önemli bir yeri vardır: “Her kaptan ve teğmen, emri altındaki kimselerin kötü muamelelerini ve işledikleri suçları öğrenir öğrenmez, bu kimseleri adalete uygun bir biçimde yargılamak ve sorumluları fiillerinin haksızlığı ile orantılı bir biçimde cezalandırmakla yükümlüdür. Eğer kötülüklerin üstü kapatılır veya müdahalede gecikilirse ya da ihmal gösterilmesi veya başka bir nedenden dolayı suçlu kaçar ve böylece cezalandırmadan kurtulursa kaptan, suçu kendisi işlemiş gibi sorumlu olacak ve cezası asıl suçlunun alacağı cezanın aynısı olacaktır”. Aktaran: Leslie C. Green, “War Crimes, Crimes against Humanity and Command Responsibility”, *Naval War College Review*, 50(2), 1997, s. 26.

¹⁵ Triffterer/Ambos, s. 1063.

Antlaşma'nın uygulanması astlar aracılığıyla olacağı için üst, astlarını *Antlaşma* hükümlerinin gerekleri konusunda bilgilendirmekle ve astlarının *Antlaşma* hükümlerine göre davranmalarını sağlamakla yükümlüdür.¹⁶ Düzenlemede “üst” kavramının kapsamı, sadece başkomutan ünvanı ile sınırlanmıştır. Düzenlemenin bir başka dikkat çeken özelliği, üstün görevini yerine getirmemesi durumunda ne şekilde sorumlu olacağı hususuna yer verilmemiş olmasıdır.

Daha kapsamlı hükümlere, 1907 tarihli 4. *Lahey Antlaşması*'nda yer verilmiştir. *Antlaşma*'nın 3. maddesine göre;

“*muharip taraf... kendi silâhli kuvvetlerine dahil olan kimselerin fiillerden mesuldür*”.

4. *Lahey Antlaşması*'na *Ek Kara Harbinin Kanunları ve Adetleri Hakkındaki Yönetmeliğin* 1. maddesinde ise harp kurallarının başlarında astlarından “mesul” bir üstün bulunması şartı ile yalnızca düzenli askeri birliklere değil, milislere ve gönüllü birliklere de uygulanacağı belirtilmiştir. Anlaşılacağı üzere, 4. *Lahey Antlaşması*'nın 3. maddesi ve ismi zikredilen yönetmeliğin birinci maddesi, “üst” kavramını başkomutan ünvanı ile sınırlamamıştır. Ancak her ne kadar üstün astlarının fiillerinden sorumlu olacağı belirtilmişse de burada öngörülen sorumluluk, bireylerin değil, devletlerin sorumluluğudur.¹⁷ Zira, üstün astlarının fiileri dolayısıyla sorumlu olması, *Antlaşma*'nın imzalandığı tarihte ancak iç hukuk bakımından mümkün olabilmekteydi.¹⁸

Üstün, uluslararası hukukta sorumlu tutulması ile ilgili ilk somut girişim, 1919 yılında Almanya ve müttefik/itilaf devletleri¹⁹ arasında imzalanan *Versay Antlaşması* ile olmuştur.²⁰ *Antlaşma*'nın 227. maddesine göre savaş sırasında gerçekleşen kıyımların sorumlusu olarak kabul edilen İmparator *Kaiser II. Wilhelm*'in, savaş suçlusu olarak müttefik devletlerce kurulacak uluslararası

¹⁶ Triffiterer/Ambos, s. 1063.

¹⁷ Triffiterer/Ambos, s. 1063; William J. Fenrick, “Article 28 – Responsibility of Commanders and Other Superiors”, Otto Triffiterer (Ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, 1st Edition, Baden-Baden, 1999, s. 516.

¹⁸ Triffiterer/Ambos, s. 1063.

¹⁹ 1. Dünya Savaşı'nda başını İngiltere, Fransa ve Rusya'nın çektiği devletler bloku.

²⁰ Chantal Meloni, “The Evolution of Command Responsibility in International Criminal Law”, Morten Bergsmo et al. (ed.), *Historical Origins of International Criminal Law: Volume 3*, Torkel Opsahl Academic EPublisher, 2014, s. 684.

bir mahkemede yargılanması kararlaştırılmıştır.²¹ Kazanan devletlerin tüm çabasına rağmen Hollanda, *II. Wilhelm*'i iade etmemiş daha sonraki süreçte Almanya, müttefik devletleri yargılamama konusunda ikna etmiştir.²²

Bireylerin işledikleri suçlar nedeni ile uluslararası mahkemeler önünde yargılanabilmesi 2. Dünya Savaşı sırasında ve sonrasında gerçekleşen gelişmeler neticesinde mümkün olabilmiş, ulusal sınırları aşan suçların arka planındaki askeri ve siyasi liderlerin yargılanmasında dayanılan temel hukuki argüman, üstün sorumluluğu kurumu olmuştur.²³

B. 2. Dünya Savaşı ile Soğuk Savaş Arasındaki Dönem

1945 yılında ABD Hava Kuvvetleri'nin Japonya'nın Nagazaki kentine atom bombası atması ve Japonya'nın koşulsuz olarak teslim olmasının ardından müttefikler²⁴, 1946 yılında, *Uzak Doğu Uluslararası Askeri Ceza Mahkemesi*'ni kurmuşlardır. *Tokyo yargılamaları* olarak da bilinen bu davalarda, savaş suçu ve insanlığa karşı suç işledikleri gerekçesiyle birçok üst düzey sivil ve askeri yetkili yargılanmıştır.²⁵ *Tokyo yargılamalarında*, savaş suçları ve insanlığa karşı işlenen suçlarda yalnızca askeri liderlerin değil, sivil liderlerin de sorumlu tutması, üstün sorumluluğu kurumu bakımından çok önemli bir gelişmedir; o döneme kadar üstün sorumluluğu kurumu askeri üstlerle sınırlı olarak anlaşılmakta iken Tokyo yargılamaları ile birlikte kurumun uygulama alanı sivilleri de kapsayacak şekilde genişlemiştir.²⁶ 1998 yılında görülen *Delalic v.d.*' davasında Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi, sivil üstlerin sorumluluğunu değerlendirirken Tokyo yargılamalarında mahkum edilen dönemin Japonya başbakanı *Tojo* ve dış işleri bakanı *Shigetmitsu*'nun davalarına atıf yapılmıştır.²⁷ *Tojo*, hükümetin başı olarak savaş esirlerine ve tutsaklarına kötü muamelede bulunanları cezalandırmayıp bu tür fiillerin gerçekleşmemesi için gerekli tedbirleri almadığı; *Shigetmitsu* ise Japon

²¹ Meloni, "The Evolution of Command Responsibility", s. 684.

²² Triffterer/Ambos, s. 1063.

²³ Sliedregt, *Individual Criminal Responsibility*, s. 184.

²⁴ 2. Dünya Savaşı'nda başını İngiltere, Rusya ve Amerika'nın çektiği devletler bloku.

²⁵ Sung Yoon Cho, "The Tokyo War Crimes Trial", *The Quarterly Journal of the Library of Congress*, 24(4), 1967, s. 309.

²⁶ Bernard V. A. Roling/C. F. Ruter, *The Tokyo Judgment, The International Military Tribunal for the Far East: 29 April 1946-12 November 1948 (Vol I-II)*, APA-University Press, 1977, s. 446; Triffterer/Ambos, s. 1071.

²⁷ *Prosecutor V. Delalić et al.*, In The Trial Chamber, Case No: IT-96-21-T, Date: 16.11.1998, para: 358.

Dış İşleri Bakanlığı'na savaş esiri ve tutsaklarına ilişkin yerleşik çatışma kurallarına aykırı hareket edildiği konusunda defalarca çağrıda bulunulmasına rağmen bu çağrılara kayıtsız kaldığı ve gerekli girişimlerde bulunmadığı gerekçesiyle sorumlu tutulmuştur.²⁸

Üstün sorumluluğu kurumunu tartışmaya açan ve sınırlarını belirleme girişimlerini tetikleyen dava, general *Yamashita Tomoyuki* davasıdır.²⁹ *Yamashita*, 7.12.1945 tarihinde Amerikalı beş subaydan oluşan bir askeri komisyon tarafından yargılanmış, Filipinler'deki Japon askeri birliğinin komutanı olarak, bu birliklerce 1944-1945 yılları arasında, işlenen suçları önlemediği gerekçesi ile idam cezasına mahkum edilmiştir.³⁰ Özellikle, Amerikan birliklerine teslim olmayan Japon askerlerinin *Manila*'da yaklaşık 100 bin sivilin ölmesiyle sonuçlanan direnişi, *Yamashita*'nın cezasında etkili olmuştur.³¹ Bu olaylar, Amerikan birliklerinin yoğun bombardımanı nedeniyle *Yamashita*'nın 10 gün boyunca Manila'daki Japon birliklerle bağlantı kuramadığı bir süreçte yaşanmıştır.³²

Yamashita davası bir çok bakımdan eleştirilmiştir. *Yamashita*'ya kendisini savunması için yeterli süre verilmediği ve normal yargulamalarda sanık lehine uygulanan kuralların bu davada uygulanmadığı ileri sürülmüştür.³³ Örneğin, o dönem Amerikan medyasında, Anglo-Amerikan ceza yargılamasında yerleşik olan *hearsay kuralının* (başka bir tanıktan duyulana aktarmanın tanık delili olmayacağı kuralı) *Yamashita* davasında uygulanmadığı, yargılamada delil olarak kabul edilen beyanların çoğunlukla dedikodu olduğu haberleri yapılmıştır.³⁴ Yargılamada *Yamashita*'nın gerçekleşen fiillere katıldığı, emir verdiği, fiillerin gerçekleştiğini bildiği veyahut bilmesini gerektiren nedenlere

²⁸ Yael Ronen, "Superior Responsibility of Civilians for International Crimes Committed in Civilian Settings", *Vanderbilt Law Review*, 43(2), 2010, s. 321-322.

²⁹ Guénaél Mettraux, *The Law of Command Responsibility*, Oxford University Press, 1st Edition, 2009, s. 6.

³⁰ Franklin A. Hart, "Yamashita, Nuremberg and Vietnam: Command Responsibility Reappraised", Richard B. Lillich/John Norton Moore (ed.), *International Law Studies*, Naval Law College Press, 1980, s. 399.

³¹ Ann Marie Prévost, "Race and War Crimes: The 1945 War Crimes Trial of General Tomoyuki Yamashita", *Human Rights Quarterly*, 14(3), 1992, s. 314.

³² Prévost, s. 314.

³³ Prévost, s. 317.

³⁴ 10.12.1945 tarih, "Çok Meşgul" başlıklı *Newsweek* gazetesinin haberini aktaran: Prévost, s. 318.

sahip olduğu hususlarında ikna edici gerekçeler ortaya konulamamıştır.³⁵ Bu yüzden *Yamashita davasına* yöneltilen en sert eleştiri, bu davada kusur ilkesinin ihlal edilmiş olmasıdır; *Yamashita*, “bir şey yaptığı için değil, bir şey olduğu için” objektif olarak sorumlu tutulmuştur.³⁶ İçinde bulunduğu koşullar ve kişisel özellikleri dolayısıyla haksızlığı bilebilecek ve ondan kaçınabilecek durumda olan kimselere kusur isnat edilebilir. Kusurluluğun manevi unsuru, bilme ya da bilmesi gerekmedir. *Yamashita* da bilmediğini bilmesi gerektiği için sorumlu tutulmuştur. Ancak “bilmesi gerekme” değerlendirmesi, *Yamashita*’nın kendi kişisel durumu göz ardı edilerek tamamen objektif kriterlere göre yapılmıştır. Mahkeme kararının kusur ilkesine aykırı olduğu gerekçesiyle eleştirilmesinin nedeni budur.

2. Dünya Savaşı sonrası yapılan yargılamaların en bilineni, *Nürnberg yargılamaları*dır. ABD, Birleşik Krallık, Rusya ve Fransa’dan oluşan müttefik devletlerce tayin edilen yargıçlar tarafından yapılan yargılamalar, 1947 yılından 1949 yılına kadar devam etmiştir. Nürnberg yargılamalarında az sayıdaki bir kaç vakıa dışında, üstler, astlarının işledikleri fiiller dolayısıyla sorumlu tutulmamışlardır.³⁷ Yargılamayı yapan mahkemenin statüsünde üstün sorumluluğu ilkesine yer verilmediği için bahsi geçen sınırlı sayıdaki vakıada üstlerin yargılanmasının dayanağını, yukarıda üzerinde durulan, 1907 tarihli 4. *Lahey Antlaşması* ve *Lahey Antlaşması’na ek yönetmelik* hükümleri oluşturmuştur.³⁸ Kıta Avrupası ve Anglo-Sakson ceza sistemlerinin harmonize edildiği yargılama sürecinde, *Göring, Heß, Ribbentrop, Keitel* başta olmak üzere, Savaş’ın askeri, siyasi ve ekonomik liderliğini temsil eden birçok üst düzey yetkili yargılanmıştır.³⁹

Yamashita davasından farklı olarak *Nürnberg yargılamalarında* objektif sorumluluk prensibi ret edilmiştir.⁴⁰ *Mahkeme*’ye göre, üstlerin astlarının

³⁵ Prévost, s.319.

³⁶ Mettraux, s. 7; Triffterer/Ambos, s. 1071; Meloni, “The Evolution of Command Responsibility”, s. 689, dipnot: 27.

³⁷ Hilaire McCoubrey, “From Nuremberg to Rome: Restoring the Defence of Superior Orders”, *The International and Comparative Law Quarterly*, 50(2), 2001, s. 389; Triffterer/Ambos, s. 1074.

³⁸ Gökçen Alpkaya, *Eski Yugoslavya için Uluslararası Ceza Mahkemesi*, 1. Baskı, Turhan Kitabevi, 2002, s. 110; Hans Kelsen, “Will the Judgment in the Nuremberg Trial Constitute a Precedent in International Law?”, *The International Law Quarterly*, 1(2), 1947, s. 160.

³⁹ Hart, s. 406.

⁴⁰ Hart, s. 301; Değirmenci, s. 67.

işlediği suçlar dolayısıyla sorumlu olabilmeleri için astlarının suç işlediğini bilmesi ya da en azından subjektif olarak bilebilecek durumda olması gerekir.⁴¹ Böylece *kusur ilkesi* ile uyumlu bir yaklaşım esas alınmaya çalışılmıştır.

C. Soğuk Savaş Dönemi

2. Dünya Savaşı sırasında yaşanan insani dramlar, benzer olayların yaşanmaması için çözüm arayan uluslararası toplumda, uluslararası ceza hukukunun kodifiye edilmesi ve uluslararası suçları yargılamada süreklilik arz edecek bir mahkemenin kurulması konularını gündeme getirmiştir.⁴² Bu genel konsensusa rağmen, savaş suçlularının yargılandığı uluslararası *ad-hoc* mahkemelerin görevlerini tamamlamalarının ardından uluslararası ceza hukuku soğuk savaş yılları boyunca ağır bir gelişim seyretmiştir.⁴³ ABD'nin önderlik ettiği batı bloku ülkeleri ile Sovyetler Birliği'nin önderlik ettiği doğu bloku ülkeleri arasındaki siyasi ve askeri gerginlik dönemini ifade eden soğuk savaş dönemi, 1947 tarihli Truman Doktrini'nin ilanından, 1991 tarihinde Sovyetler Birliği'nin dağılmasına kadar olan süreci kapsamaktadır. Bu dönemde atılan en önemli adımlardan biri; *Cenevre Antlaşması'na Ek 1977 tarihli I. Protokol*'un 86. maddesinin 2. fıkrasında üstün sorumluluğunun açık bir biçimde düzenlenmiş olmasıdır:

“Antlaşma'nın ve bu protokolün astlar tarafından ihlal edilmesi tek başına üstü cezai ya da disiplin sorumluluğundan kurtarmaz. İhlalin gerçekleştiğini ya da gerçekleşmek üzere olduğunu bilen veyahut içinde bulunduğu koşullar itibarıyla bilmesini gerektiren bilgiye sahip olan üst, ihlali önleme ya da bastırma için makul olan önlemleri almamışsa sorumlu olur”.

Düzenlemede, ast-üst ilişkisine vurgu yapılmış üstün statüsünden (askeri ya da sivil) söz edilmemiştir. “Üst” ifadesi, protokolün bir sonraki maddesinde (m. 87) açıklığa kavuşturulmuştur. Söz konusu düzenleme, astların *Cenevre Antlaşması* ve *Antlaşma'nın* protokollerinin öngördüğü yükümlülüklerle uygun davranmasını sağlamak için gerekli tedbirleri alma ve bir ihlal olursa durumu yetkililere bildirme yükümlülüğünü “komutan” a yüklemiştir. İki düzenleme birlikte değerlendirildiğinde, 87. maddede açıkça “komutan” ifadesine yer verilmesi nedeniyle 86. maddede geçen “üst” ifadesi yalnızca askeri üstleri

⁴¹ Triffterer/Ambos, s. 1072 vd.

⁴² Triffterer/Ambos, s. 1065.

⁴³ Triffterer/Ambos, s. 1065.

kapsamakta, sivil üstleri kapsamamaktadır.⁴⁴

D. Soğuk Savaş Sonrası Dönem

1. Yugoslavya ve Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemelerindeki Yargılamalar

Berlin duvarının yıkılması sonrası değişen politik iklim, soğuk savaş döneminde durağan bir sürece giren uluslararası ceza hukukunda yeni bir dönemi başlatmıştır.⁴⁵ 1991 yılında Sovyetler Birliği'nin dağılması sonrasında doğu bloku ülkelerinde çözümler başlamıştır. 1945 yılında komünist partinin lideri *Tito*'nun önderliğinde kurulan Yugoslavya Federal Demokratik Cumhuriyeti, 1990'lı yıllarda iç savaş neticesinde parçalanmış; Slovenya, Makedonya, Hırvatistan ve Bosna Hersek bağımsızlıklarını ilan etmiştir.⁴⁶ Bu devletler arasında en sancılı süreci Bosna Hersek yaşamıştır. Bosna Hersek'in bağımsızlığı için yapılan referandumda azınlıkta kalan Bosnalı Sırlar, Yugoslavya Halk Ordusu ve Sırbistan'ın desteği ile ayaklanmış, 100 bini aşkın insan ölmüş, iki milyon kişi evlerinden ayrılmak zorunda kalmıştır.⁴⁷

1990'lı yıllarda Yugoslavya'nın parçalanması sürecinde yaşanan olayların bir benzeri de Ruanda'da yaşanmıştır. Ruanda'da Tutsiler ve Hutular arasındaki iktidar mücadelesi, Ruanda ve Burundi devlet başkanlarının 1994 yılında bir uçak kazasında hayatlarını kaybetmesiyle soykırıma dönüşmüş, yüzbinlerce Tutsi öldürülmüştür.⁴⁸

Yugoslavya ve Ruanda da yaşanan acı olaylar dolayısıyla; Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi, 26.04. 1945 tarihli *Birleşmiş Milletler Şartı*'nın 7. bölümünün "uluslararası barışı ve güvenliği tesis etme ve sürdürme" konusunda kendisine verdiği yetkiyi kullanarak 25 Mayıs 1993 tarihli 827 sayılı kararıyla *Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi*'ni, 8 Kasım 1994 tarihli 955 sayılı kararıyla da *Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi*'ni kurmuştur.

⁴⁴ Michael Bothe/Karl J. Partsch/Waldemar Solf, *New Rules for Victims of Armed Conflicts: Commentary on the Two 1977 Protocols Additional to the Geneva Conventions of 1949*, Martinus Nijhoff Publishers, 1982, s. 523.

⁴⁵ Meloni, "The Evolution of Command Responsibility, s. 695.

⁴⁶ Giray Saynur Bozkurt, "Tito Sonrası Dönemde Eski Yugoslavya Bölgesindeki Türkler ve Müslümanlar", *Türk Dünyası İncelemeleri Dergisi/Journal of Turkish World Studies*, 10(2), 2010, s. 53-54.

⁴⁷ Fatih Halil Kaplan, "Ruanda ve Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemeleri Kararlarında Soykırım Suçu", *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, Sayı 3, 2013, s. 111-112.

⁴⁸ Kaplan, s. 109-110.

Bu mahkemelerce yapılan yargılamalarda üstün sorumluluğunun dayanağı, *Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü*'nün 7. maddesinin üçüncü fıkrası ve *Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü*'nün 6. maddesinin üçüncü fıkrası olmuştur. Üstün sorumluluğunun esasları her iki düzenlemede de aynıdır:

“[Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü'nün 2. ve 5., Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü'nün ise 2. ve 4. maddeleri arasında düzenlenen] suçların astları tarafından işlenmek üzere olduğunu ya da işlendiğini bilen veyahut bilmesini gerektiren nedenleri bulunan üst, suçun işlenmesini önlemek ya da işlenmiş olan suç dolayısıyla failleri cezalandırmak için makul ve gerekli olan tedbirleri almazsa sorumlu olur”.

Yugoslavya⁴⁹ ve Ruanda⁵⁰ ceza mahkemelerine göre üstün sorumluluğu kurumunun üç unsuru vardır:

(1) üst- ast ilişkisinin varlığı (düzenleme de sivil-askeri üst ayırımına yer verilme de mahkemelere göre sivil üstler de düzenlemede geçen “üst” kavramına dahildir.⁵¹)

(2) üstün astlarının suç işlediğini ya da işleyeceğini bilmesi ya da bilmesini gerektiren nedenlere sahip olması,

(3) üstün suç işlenmesini önleme ya da sorumluları cezalandırma hususunda gerekli ve makul olan tedbirleri almakta başarısız olması.

“Giriş” başlığında da ifade ettiğimiz üzere; üstün sorumluluğuna ilişkin Yugoslavya ve Ruanda mahkemelerinin statülerinde yer verilen düzenlemeler ve söz konusu mahkemelerin bu düzenlemelere dayanan kararları, hem *Roma Statüsü* m. 28'nin kodifikasyonunda hem de *Divan*'nın içtihatlarında etkili olmuştur/olmaktadır. Yugoslavya ve Ruanda ceza mahkemelerinin statüleri ve kararları *Roma Statüsü* m. 28'in yorumlanmasında büyük önemi haiz olduğundan yukarıda yer verilen üç unsurun üzerinde detaylı bir şekilde durmak gerekir. Ancak, Yugoslavya ve Ruanda mahkemelerinin içtihatlarını

⁴⁹ *Prosecutor V. Delalić et al*, (Celebici Case), In The Appeals Chamber, Case No: IT-96-21-A, Date: 20.02.2001, para: 346 < <https://cld.irmct.org/assets/filings/Judgement-Celebici.pdf>> Erişim Tarihi 12.10.2023.

⁵⁰ *Prosecutor V. Bagilishema*, Trial Chamber I, Case No. ICTR-95-1A-T, Date: 7.6.2001, para: 38 < <https://www.refworld.org/jurisprudence/caselaw/ict/2001/en/91988>> Erişim Tarihi 5.04.2024.

⁵¹ *Prosecutor V. Delalić et al*, In The Appeals Chamber, 12.10.2023.

Roma Statüsü m. 28’de düzenlenen üstün sorumluluğu kurumunun unsurlarını inceleyeceğimiz bölümde detaylı bir şekilde ele alacağımızdan, tekrara düşmemek için, bu üç unsura ilişkin açıklamalarımızı burada noktalıyoruz.

2. *Roma Statüsü* m. 28’in Kodifikasyonu

2. Dünya Savaşı sırasında yaşanan acı olaylar, süreklilik arz eden uluslararası bir ceza mahkemesinin kurulmasını dünya kamuoyunun gündemine sokmuştur; ancak, 2. Dünya Savaşı sonrası başlayan Soğuk Savaş dönemi savaşın tarafı olan devletlerin bu fikre kuşkulu yaklaşımlarına sebebiyet vermiştir.⁵² Soğuk Savaş’ın sona ermesinin ardından Yugoslavya ve Ruanda ceza mahkemelerinin kurulması, süreklilik arz eden uluslararası bir ceza mahkemesinin kurulmasını artık kaçınılmaz hale getirmiştir. Nihayet, *Uluslararası Ceza Divanı*’nın kuruluş antlaşması olan *Roma Statüsü* 1998 yılında yapılan uluslararası bir konferansla kabul edilmiş ve 1 Temmuz 2002 yılında yürürlüğe girmiştir.⁵³

Üstün sorumluluğu kurumu, *Statü*’nün 28. maddesinde düzenlenmiştir. Her ne kadar, düzenlemenin başlığı geleneksel doktrine sadık kalarak “komuta etme sorumluluğu” (*command responsibility*) olarak belirlenmişse de düzenlemenin birinci fıkrasında, “askeri komutan” veya “fiili olarak askeri komutan” gibi hareket edenlerin, ikinci fıkrasında ise “sivil” üstlerin sorumluluğu düzenlenmiştir. *Roma Statüsü* m. 28’e göre:

“*Divan’ın yargı yetkisine giren suçlarda Statü’nün cezai sorumluluk bakımından aradığı koşullara ilave olarak;*

(a) *Askeri komutan veya fiili olarak askeri komutan gibi hareket eden kimse, kendisinin müessir komutası ve kontrolü ya da müessir otoritesi ve kontrolü altında bulunan birlikler üzerinde gerekli kontrolü sağlayamaması sonucunda bu birliklerin Divan’ın yargı yetkisine giren suçları işlemesi halinde;*

(i) *Suçun işlendiğini veyahut işlenmek üzere olduğunu biliyor veya içinde bulunulan koşullar itibarıyla bilmesi gerekiyorsa ve;*

(ii) *Suçü önlemek ya da işlenmekte olan suçta son vermek için sahip olduğu imkân ölçüsünde gerekli ve mâkul tüm tedbirleri almamış ya da soruşturulması ve kovuşturulması için olayı yetkili makamlara bildirmemişse*

⁵² Tezcan/Erdem/Önok, s. 337-338.

⁵³ Tezcan/Erdem/Önok, s. 364. Çekimsiz oy kullanan Türkiye, *Statü*’ye taraf değildir.

sorumlu olacaktır.

(b) (a) fıkrasında tanımlanan durumlar dışındaki üst-ast ilişkilerinde, üst kendisinin müessir otoritesi ve kontrolü altında bulunan astları üzerinde gerekli kontrolü sağlayamaması sonucunda astlarının Divan'ın yargı yetkisine giren suçları işlemesi halinde;

(i) Suçların işlendiğini veyahut işlenmek üzere olduğunu bildiği ya da bu durumu açık bir biçimde ortaya koyan bilgileri bilinçli olarak görmezden geldiği hallerde;

(ii) Suç kendisinin müessir sorumluluğu ve kontrolü altındaki faaliyetlerle ilgiliyse ve;

(iii) Suçu önlemek ya da işlenmekte olan suça son vermek için sahip olduğu imkân ölçüsünde gerekli ve mâkul tüm tedbirleri almamış ya da soruşturulması ve yargılanması için olayı yetkili makamlara bildirmemişse sorumlu olacaktır”.

Düzenlemenin (a) ve (b) fıkralarında, birçok ortak noktaları olsa da özellikle manevi unsur ve faillik statüsü bağlamında birbirinden ayrılan iki ayrı sorumluluk türüne yer verilmiştir. Düzenlemenin (a) fıkrasında, “askeri üst” ve “fiilen askeri üst konumunda olan” kişilerin, (b) fıkrasında ise bu iki kategori dışında kalan üstlerin sorumluluğu düzenlenmiştir. Ayrıca, düzenlemenin (a) fıkrasında failler taksirli fiilleri nedeniyle de sorumlu olabilirken (b) fıkrasında yer verilen sübjektif unsur, yalnızca kasttır. Bilerek görmezden gelme de kasıtlı eş değer bir zihinsel durum olarak kabul edilmektedir.⁵⁴

Roma Statüsü, üstün sorumluluğu kurumunu kendisinden önceki tüm uluslararası metinlerden daha ayrıntılı ve daha kapsayıcı bir şekilde düzenlemiştir. Düzenlemenin, *ad-hoc* mahkemelerin statülerindeki düzenlemelerden başlıca farkları; askeri üst-sivil üst ayrımını yapmış olması, “sonucunda” ifadesini kullanmak suretiyle üstün sorumluluğu ile astların işlediği suçlar arasında nedensellik ilişkisi kurması, müessir otorite/komuta ve kontrol koşuluna yer vererek üstün sorumluluğuna yol açacak ast-üst ilişkisini belli ölçüde somutlaştırması ve sivil üstlerin sorumluluk koşullarını diğer üstlere nazaran zorlaştırmasıdır.⁵⁵

Roma Statüsü, üstün sorumluluğunu kendisinden önceki tüm uluslararası

⁵⁴ Triffterer/Ambos, s. 1124.

⁵⁵ Metrauxx, s. 25-26.

metinlerden daha ayrıntılı ve daha kapsayıcı bir şekilde düzenlemiş olsa da kurumun mahiyeti ve düzenlemeden ne anlaşılması gerektiği konusu hakkındaki tartışmalar yoğun bir şekilde devam etmektedir.

II. ROMA STATÜSÜ M. 28 BAĞLAMINDA ÜSTÜN SORUMLULUĞU KURUMUNUN HUKUKİ NİTELİĞİ

A. Suça İştirak ile İlişkisi

Suçta iştirak, *Roma Statüsü*'nün 25. maddesinde düzenlenmiştir. Ayrıntılı bir şekilde formüle edilen bu düzenlemenin konumuz ile ilgili olan kısmı, üçüncü fıkrasının a, b ve c bentleridir:

“3- *Şu hallerde, Divan'ın yargı yetkisine giren bir suçu işleyen kimse bu Statü'deki hükümlere göre sorumlu olmaktadır:*

(a) *suçu bireysel olarak, başkasıyla birlikte ya da başkası aracılığıyla işlemişse, birlikte ya da aracılığıyla suç işlediği kişi cezai olarak sorumlu tutulsun ya da tutulmasın;*

(b) *tamamlanmış ya da teşebbüs derecesinde kalmış suçta emretmiş, ikna etmiş ya da teşvik etmişse;*

(c) *tamamlanmış ya da teşebbüs derecesinde kalmış suçun işlenmesini kolaylaştırmak amacıyla, araç sağlamak da dâhil olmak üzere, manevi ya da maddi yardımda bulunmuşsa”.*

Türk ceza hukukundaki terminoloji ile ifade etmek gerekirse ilk fıkrada faillik (müstakil, müşterek ve dolaylı faillik), ikinci ve üçüncü fıkralarda ise şeriklik statülerine yer verilmiştir.

Suçta iştirak, başkasının işlediği suçlardan sorumlu olmayı gerektirdiği için cezalandırılabilirlik alanını genişleten bir kurumdur. *Roma Statüsü* m. 28'de yer verilen üstün sorumluluğu kurumunda da üst, astlarının suç işlemesi dolayısıyla sorumlu olmaktadır. Bu yüzden üstün sorumluluğu kurumu da cezalandırılabilirlik alanını genişleten bir kurumdur. Bahse konu ortak özellikleri dolayısıyla *Roma Statüsü*'nün hem suça iştirakı düzenleyen 25. maddesi hem de üstün sorumluluğunu düzenleyen 28. maddesi, *Statü*'nün suç tiplerinin düzenlendiği ikinci bölümünde değil, genel prensiplerin düzenlendiği üçüncü bölümünde yer almaktadır.

İkisinin de bireysel cezalandırılabilirlik sahasını genişleterek başkasının işlediği suçlar dolayısıyla sorumlu olmayı gerektirmesi, bu iki kurum

aralarındaki ilişkiyi tartışmalı hale getirmektedir. Bir görüşe göre⁵⁶ üstün sorumluluğu, suça iştirakin özel bir görünüş biçimi iken diğer bir görüşe göre⁵⁷ bağımsız bir sorumluluk kategorisidir.

Biz üstün sorumluluğunu, suça iştirakin özel bir görünüş şekli olarak kabul etmeyen görüşe katılıyoruz. *Blaskic davasında* da, yerinde olarak, belirtildiği üzere üstün sorumluluğu ve iştirak kurumları birbirlerini karşılıklı olarak dışlayan kurumlardır:

“Bir kişinin hem bir suça iştirak ettiği için hem de iştirak ettiği suçu önlemediği ya da bastırmadığı için sorumlu tutulması mantık kurallarına aykırıdır”.⁵⁸

İki kurumun birbirini dışladığı argümanı, *Statü*'nün 20. maddesinde yer verilen *ne bis in idem* kuralının mantıksal sonucudur. Üst, hem suça iştirak hem de üstün sorumluluğu hükümlerine göre sorumlu olursa aynı davranış dolayısıyla iki kez sorumlu olmuş olur.

Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi, *Fofana ve Kondewa davasında*, astlarının suç işlenmesini önlemek, işlenen suçları bastırmak ve suç işlenmiş ise sorumluları cezalandırmak veyahut yetkili mercilere durumu bildirmek yükümlülükleri altında olan üstün bu yükümlülüklerini yerine getirmeyip astlarının işlediği suça iştirak etmesi halinde yalnızca suça iştirak hükümlerine göre sorumlu olacağını kabul etmiştir:

“İddianamenede sanığın hem madde 6(1) [suça iştirak] hem de madde 6(3) [üstün sorumluluğu] göre cezalandırılması talep edilmiş ve yargılamada bu iki düzenlemenin koşullarının sağlandığı tespit edilmişse sanık hakkında yalnızca madde 6(1)'e göre hüküm kurulur”.⁵⁹

⁵⁶ Darryl Robinson, “How Command Responsibility Got So Complicated: A Culpability Contradiction, its Obfuscation, and a Simple Solution”, *Melbourne Journal of International Law*, 13(1), 2012, s. 3; Ilias Bantekas, “The Contemporary Law of Superior Responsibility”, *The American Journal of International Law*, 93(3), 1999, s. 577.

⁵⁷ William A. Schabas, “Canadian Implementing Legislation for the Rome Statute”, Horst Fischer (Ed.), *Yearbook of International Humanitarian Law: Volume 3*, T. M. C. Asser Press, 2000, s. 342.

⁵⁸ *Prosecutor V. Blaskic*, In The Trial Chamber, Case No. IT-95-14-T, Date: 3.03.2000, para: 337 <<https://www.icty.org/x/cases/blaskic/tjug/en/bla-tj000303e.pdf>> Erişim Tarihi 11.10.2023.

⁵⁹ *Prosecutor V. Fofana/Kondewa*, Trial Chamber I, Case No: SCSL-04-14-T, Date: 2.08.2007, para: 251. <https://www.refworld.org/jurisprudence/caselaw/scsl/2007/en/91923> > Erişim Tarihi 7.04.2024.

Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi, *Dordevic* davasında üst suça iştirak etmişse ayrıca üstün sorumluluğu kurumunun koşullarının gerçekleşmesini cezayı ağırlaştırıcı bir neden olarak kabul etmiştir:

“*Hem madde 7 (1) [suça iştirak] hem de madde 7 (3) [üstün sorumluluğu]’ün koşullarının gerçekleştiği hallerde sorumluluk yalnızca m. 7(1)’e göre belirlenmelidir; failin üst pozisyonunda olması cezayı ağırlaştırıcı bir neden olarak göz önünde bulundurulabilir*”.⁶⁰

Divan’a göre üstün sorumluluğu, suça iştirak kurumunu tamamlamaktadır.⁶¹ İştirakte bilme unsurunun aranması ve bu unsurun başkasının işlediği suçlarla ilgili olarak ortaya konulabilmesinin her zaman kolay olmaması dolayısıyla üstün sorumluluğu kurumu üstlerin sorumluluk alanının genişlemesini sağlamakta ve bu vesileyle üstleri yükümlülüklerini yerine getirme konusunda daha dikkatli olmaya sevk etmektedir.⁶²

Üstün sorumluluğu kurumu ile iştirak kurumu arasında öncelik-sonralık ilişkisi vardır:

“*Statü’nün 28. maddesinde yer verilen üstün sorumluluğu kurumuna ilişkin değerlendirme ancak failin suça iştirak ettiğini gösterir yeterli delilin bulunmadığı tespit edildikten sonra yapılmalıdır*”.⁶³

Üstün sorumluluğu kurumu ile iştirak kurumu arasındaki farklılıkları maddeler halinde şu şekilde ifade edebiliriz:

(1) Üstün sorumluluğunda mutlaka üst-ast şeklinde dikey bir ilişki olmalıdır. Suça iştirakte ise böyle bir zorunluluk yoktur. Astlar arasında da

⁶⁰ *Prosecutor V. Dordevic*, In The Trial Chamber II, Case No: IT-05-87/1-T, Date: 23.02.2011, para: 1891 <https://www.icty.org/x/cases/djordjevic/tjug/en/110223_djordjevic_judgt_en.pdf> Erişim Tarihi 11.10.2023.

Ruanda yargılamalarında da bu görüş benimsenmiştir: “*Aynı fil dolayısıyla üstü hem m. 6/1 hem de m.6/3’e göre sorumlu tutmak uygun değildir. Her iki maddenin de koşulları oluşmuşsa sorumlulukta m. 6/1 esas alınacak, m. 6/3’ün koşullarının gerçekleşmesi cezayı ağırlaştırıcı bir neden olarak kabul edilebilecektir*”. *Prosecutor V. Nyiramasuhoko et al.*, In The Trial Chamber II, para. 56.

⁶¹ *Prosecutor V. Jean-Pierre Bemba Gombo*, Pre-Trial Chamber II, Case No: ICC-01/05-01/08, Date:15.06.2009, para: 407 <<https://www.legal-tools.org/doc/07965c/pdf>> Erişim Tarihi 27.10.2023.

⁶² Matthew Lippman, “The Evolution and Scope of Command Responsibility”, *Leiden Journal of International Law*, 13(1), 2000, s. 139.

⁶³ *Prosecutor V. Jean-Pierre Bemba Gombo*, Pre-Trial Chamber II, para: 407.

(yatay düzenlemede) iştirak ilişkisi olabilir.⁶⁴

(2) İştirakin manevi unsuru bilmedir.⁶⁵ Üst, astlarının fiillerine bu fiillerin icrasından önce ya da icrası başlamışsa icra süresince emir vermek, araç sağlamak ya da fiili beraber işlemek gibi aktif davranışlarıyla katkıda bulunmuşsa, *Statü*'nün iştirak kurumunu düzenleyen 25. maddesine göre sorumlu olur. Keza üst astlarının suç işlemlerini önleyebilecek ya da astlarının icrasına başladığı suçları bastırabilecek imkâna sahip olmasına rağmen kasten ihmal göstermişse yine iştirak hükümlerine göre sorumlu olur.⁶⁶

Üst, astlarının suç işlemlerini önleme ya da icrasına başlanan suçları bastırma yükümlülüğünü taksirli davranışlarıyla ihlal etmişse *Statü*'nün 28. maddesinde düzenlenen üstün sorumluluğu hükümlerine göre sorumlu olacaktır. Cezalandırma/bildirmeme yükümlülüğünün ihlali ise zaten söz konusu yükümlülük suç işlendikten sonra doğduğu için suça iştiraktan söz edilemez; zira suça iştirak suçun icrası tamamlanıncaya kadar mümkün olabilmektedir.⁶⁷ Bu son ihtimalde, üstün astlarını işledikleri suçlar dolayısıyla cezalandırmaması ya da durumu cezalandırma yetkisi bulunan mercilere bildirmemesi astlarını suç işleme konusunda teşvik etmişse üst, iştirak hükümlerine göre sorumlu tutulabilir.⁶⁸

Değirmenci'ye göre, üst astlarının suç işlediğini bilse ve kasıtlı olarak yükümlülüklerini yerine getirmese dahi, üstün yükümlülüğünü ihlali astın işlediği suça illi bir katkıda bulunmamışsa üst suça iştiraktan sorumlu olmaz.⁶⁹ Yazar, örnek vermediği için üstün yükümlülüklerini kasten yerine getirmemesine rağmen suça illi katkısının olmadığı bir ihtimalin bulunup bulunmadığı hususu tartışmaya açıktır. Üstün yükümlülüklerini kasten yerine getirmemesi en azından astın işlediği suçların işlenmesini kolaylaştıracağı veya teşvik edeceği için suça iştirak mahiyetinde olacağı kanaatindeyiz.

(3) Üstün sorumluluğunda astın işlediği suçun objektif ve subjektif

⁶⁴ Robinson, s. 37.

⁶⁵ Sliedregt, *Individual Criminal Responsibility*, s. 197; Mettraux, s. 42.

⁶⁶ Nybondas, s. 635; Antonio Cassese/Paola Gaeta/Laurel Baig/Mary Fan/Christopher Gosnell/Alex Whiting, *Cassese's International Criminal Law*, 3rd Edition, Oxford University Press, 2013, s. 191-192; R. Murat Önok, "Silahlı Çatışmalar Hukukunda Üstün Sorumluluğu Doktrini", *Uluslararası Hukuk ve Politika*, 1(3), 2005, s. 95-96.

⁶⁷ Triffterer/Ambos, s. 1099.

⁶⁸ Triffterer/Ambos, s. 1099; Robinson, s. 16-17; Mettraux, s. 42.

⁶⁹ Değirmenci, s. 80-81.

bileşenleri bakımından üstün tam bilgisi aranmaz; üstün, işlenen suçlara ilişkin genel bir bilgiye sahip olması ya da gerekli özeni gösterseydi bu bilgiye sahip olabilecek durumda olması yeterlidir.⁷⁰ Astın kimliğinin de net bir şekilde üst tarafından bilinmesi gerekmez.⁷¹ Üstün suç işleyen kimsenin denetim ve kontrolü altındaki bir kimse olduğunu bilmesi ya da bilebilecek durumda olması yeterlidir.⁷² Suça iştirakte ise iştirak statüsü ne olursa olsun, kural olarak, suça katılanların suçun objektif ve sübjektif bileşenlerini bilmeleri gerekir.⁷³

B. Üstün Sorumluluğunun Astların İşlediği Suçlardan Bağımsız Bir Sorumluluk Kategorisi Olup Olmadığı Sorunu

Suçta iştirak bağımsız bir sorumluluk kategorisi değildir; birden fazla kişinin sorumluluğu *aynı* suçta kesişmektedir. Örneğin, (A), (B) ve (C)'yi, (D)'yi öldürmeleri için azmettirir ve failer bu fiili durumu bilen (E)'nin verdiği silahlarla birlikte ateş etmek suretiyle gerçekleştirir. Bu örnekte azmettiren (A), yardım eden (E) ve müşterek failer olan (B) ile (C) *aynı* suçtan (insan öldürme) sorumlu olurlar.

Yukarıda da belirttiğimiz üzere, *Roma Statüsü* m. 28'de yer verilen üstün sorumluluğu kurumu tıpkı suça iştirakte olduğu gibi başkasının işlediği suç dolayısıyla sorumluluğu düzenlemektedir. Suça iştirak edenler aynı suçtan sorumlu olmaktadır. Üstün astın işlediği suçtan sorumlu olup olmayacağı hususu ise tartışmalıdır.

Bu tartışma, özellikle, nedensellik bağlantısı ve üstün alacağı ceza bakımından önemlidir. Üst, astları ile aynı suçtan sorumlu olacaksa tıpkı suça iştirakte olduğu gibi üstün astlarının işlediği suçlara nedensel katkısının olduğu açık bir şekilde ortaya konulmalıdır. Üstün astlarının işlediği suçlara nedensel bir katkıda bulunmasının gerekip gerekmediği hususu ise cezalandırma/bildirme yükümlülüğü bakımından yeterince açık değildir. Üstün astlarının işlediği suçtan sorumlu olup olmayacağı meselesinin önem arz ettiği bir diğer mesele, üstün alacağı cezanın miktarı ve türüdür. Üstü astlarının işlediği suçlardan sorumlu tutmak üstün cezasının ağırlaşması, üstü astlarının işlediği

⁷⁰ Nerlich, s. 672.

⁷¹ *Prosecutor V. Blagojevic/Jokic*, In The Appeal Trial, Case No: IT-02-60-A, Date: 09.05.2007, para: 287 <<https://www.refworld.org/cases,ICTY,48ac10ac2.html>> Erişim Tarihi 21.10.2023.

⁷² *Prosecutor V. Blagojevic/Jokic*, In The Appeal Trial, para: 287.

⁷³ Sliedregt, *Individual Criminal Responsibility*, s. 191-192; Chantal Meloni, "Mode of Liability", s. 632.

suçlar dolayısıyla sorumlu tutmak ise üstün cezasının hafiflemesi sonucunu doğurur.⁷⁴ Nitekim *Oric davasında* iddia makamı, *Naser Oric*'in *Srebrenitsa* silahlı kuvvetlerinin komutanı olması dolayısıyla astlarının işlediği suçlardan sorumlu olduğunu ileri sürmüştü ve *Oric*'in 18 yıl hapis cezası ile cezalandırılmasını talep etmiştir; ancak *Mahkeme Oric*'i astlarının işlediği suçlardan değil, bu suçları önlemedeki ihmalden sorumlu tutulmuş ve iki yıl hapis cezasıyla cezalandırılmıştır.⁷⁵

Üstün astlarının işlediği suçtan sorumlu olup olmayacağı tartışmasının moral (ahlaki) etkisi de vardır. Üstün astlarının işlediği cinsel saldırı, öldürme, hırsızlık, gibi suçlardan sorumlu olması ile salt yükümlülüklerini yerine getirmemesi dolayısıyla sorumlu olması arasında moral fark vardır; şüphesiz ikincisi daha lehedir.

“Tarihsel Gelişim” başlığı altında üzerinde durduğumuz *Yamashita davası* ve *Tokyo yargılamalarındaki* yaklaşım, üstlerin astların işlediği suçlardan sorumlu olmalarıdır.⁷⁶ 2. Dünya Savaşı sonrası *ad-hoc* yargılamalarda da başlangıçta bu yaklaşım esas alınmıştır.⁷⁷ *Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi*'nde görülen *Halilovic davasında* üstün astların işlediği suçlardan sorumlu olması gerektiği sonucuna ulaşılmıştır:

“*Mahkeme içtihatlarında üstün sorumluluğunun astların suçlarına ilişkin bir sorumluluk türü olup olmadığı detaylı olarak ele alınmamış olsa da söz konusu içtihatlardan üstün astlarının işlediği suçlardan sorumlu olduğu anlaşılmaktadır*”.⁷⁸

Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi, Oric davasında ise üstün sorumluluğunun astların işledikleri suçlardan kaynaklansa da ayrı bir sorumluluk türü olduğunu, üstün astların işledikleri suçlardan değil, kendi

⁷⁴ Cryer/Friman/Robinson/Wilmshurst, s. 395; William A. Schabas, *The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute*, 1st Edition, Oxford University Press, 2010, s. 457.

⁷⁵ *Prosecutor V. Oric*, In The Trial Chamber II, para: 783.

⁷⁶ Meloni, “The Evolution of Command Responsibility”, s. 623; Antonio Cassese/Bert R. A. Röling, *The Tokyo Trial and Beyond: Reflections of a Peacemaker*, Polity Press, 1993, s. 74 vd.

⁷⁷ Sliedregt, *Individual Criminal Responsibility*, s. 193.

⁷⁸ *Prosecutor V. Halilovic*, In The Trial Chamber, Case No: IT-01-48-T, Date: 16.11.2005, para: 53 <<https://www.legal-tools.org/doc/abda04/pdf>> Erişim Tarihi 14.10.2023. *Robinson*'a göre de üstün sorumluluğu bağımsız bir sorumluluk kategorisi olmayıp, astın işlediği suçta katılmadır. Yazara göre, taksirli fiil ile de suçta iştirak edilebilir. *Robinson*, s. 8.

ihmalinden sorumlu olacağını belirtmiştir:

“Üst, astlarının davranışlarından sorumludur; fakat bu, üstün astlarıyla aynı şekilde sorumlu olduğu anlamına gelmemektedir. Üst, kendi ihmali dolayısıyla sorumludur”.⁷⁹

Öğretide de üstün astlarının işlediği aynı suçtan sorumlu olmayacağı görüşü baskındır. Ancak aynı suçtan sorumlu olmama konusunda hemfikir olan yazarlar arasında üstün sorumluluğunun tamamen bağımsız bir sorumluluk kategorisi olup olmadığı hususu tartışmalıdır. *Aksar*’a göre üstün sorumluluğu tamamen bağımsız, objektif bir sorumluluk kategorisidir.⁸⁰ *Değirmenci ve Tezcan/Erdem/Önok*’a ise göre üst, astlarının işlediği suçlardan kendi ihmali dolayısıyla sorumlu olmaktadır.⁸¹ Yabancı literatürdeki hâkim görüş, üstün sorumluluğu kurumunun üstün hem doğrudan hem de dolayısıyla sorumlu olduğu *sui generis* bir sorumluluk kategorisi olduğu yönündedir.⁸² Doğrudandır, çünkü üst astın işlediği suçtan değil, kendi yükümlülüklerini ihmal etmekten sorumlu olmaktadır; dolayısıyla, çünkü üstün sorumluluğu astın işlediği suçla bağlıdır.⁸³ Üstün sorumluluğunun astın işlediği suçla nedensellik bağlantısı, sübjektif bağlantı ve cezanın türü ile ağırlığı şeklinde üç bağlantı noktası vardır:

Statü’nün 28. maddesinde yer verilen “gerekli kontrolü sağlayamaması sonucunda” ifadesi, üstün sorumluluğu ile astların işledikleri suçlar arasındaki nedensellik ilişkisine işaret etmektedir.⁸⁴ Bu nedensellik ilişkisi, üstün astlarının işledikleri suçları önleme ve bastırma yükümlülükleri bakımından kolaylıkla kurulabilirse de üstün cezalandırma/bildirme yükümlülüğünden kaynaklanan cezai sorumluluğunda nedensellik bağlantısının bir unsur olup olmadığı hususu aşağıda detaylı olarak ele alacağımız üzere tartışmalıdır.

⁷⁹ *Prosecutor V. Oric*, In The Trial Chamber II, Case No: IT-03-68-T, Date: 30.06.2006, para: 293 <<https://www.legal-tools.org/doc/37564c/pdf>> Erişim Tarihi 19.10.2023.

⁸⁰ *Aksar*, s. 15.

⁸¹ *Tezcan/Erdem/Önok*, s. 547; *Önok*, s. 95; *Değirmenci*, s. 59; *Olgun Değirmenci/Ali Mavuş, Uluslararası Ceza Hukukunda Saldırı Suçu*, 1. Baskı, Seçkin, 2016, s. 62, dipnot: 421.

⁸² *Trechsel*, s. 34-35; *Sliedregt*, “ICTY-Three Generations”, s. 388; *Chantal Meloni*, “Mode of Liability”, s. 631; *Cryer/Friman/Robinson/Wilmshurst*, s. 394; *Nybondas*, s. 180; *Mettraux*, s. 38.

⁸³ *Ambos*, “Treatise On International Criminal Law”, s. 206.

⁸⁴ *Nerlich*, “*Superior Responsibility*”, s. 678; *Prosecutor V. Jean-Pierre Bemba Gombo*, Pre-Trial Chamber II, para: 423.

Üstün sorumluluğu ile astlarının işlediği ya da işlemeye teşebbüs ettiği suçlar arasında sübjektif yönden de bir bağlantı vardır. *Statü*'nün 28. maddesinde, “askeri üstler” ve “fiilen askeri üst gibi hareket eden üstler” ile bu ikisi dışında kalan “diğer üstler” arasında manevi unsur bağlamında ayırım yapılmıştır. Askeri üstler ve fiilen askeri üst gibi hareket edenler, astların suç işlediğini ya da işleyeceğini bilmeseler dahi taksirleri dolayısıyla sorumlu olabilmektedir. Başkasının işlediği suç dolayısıyla, ihmali nitelikteki taksirli davranışla sorumluluk, üstün sorumluluğu kurumunun en dikkat çekici özelliklerinden birisidir.⁸⁵ Üstün sorumluluğu, gerçek ihmali bir sorumluluk türüdür ve gerçek ihmali suçlarda manevi unsur kural olarak kasıttır.⁸⁶ *Değirmenci*'ye göre üstün sorumluluğu görünüşte ihmali bir suçtur. Görünüşte ihmali suçlar kural olarak icrai olarak işlenebilmekle birlikte ihmali davranışla da işlenebilen suçlardır.⁸⁷ Bu tür suçların tipik örneği, TCK m. 83'te yer verilen *ihmali davranışla kastten öldürme suçudur*. Öldürme fiili bıçaklama, ateş etme, boğma vs. gibi icrai davranışla gerçekleştirilebilir bir fiil olsa da kanun koyucu belli kimselerin (garantör) ihmali davranışla da bu suçu işleyebileceğini kabul etmiştir. *Roma Statüsü* m. 28'e göre üst önleme, bastırma ve cezalandırma/bildirme yükümlülüklerini yerine getirmezse sorumlu olmaktadır. Bu yükümlülükler yalnızca pasif kalmayla ihlal edilebilir yükümlülükler olduğundan *Değirmenci*'nin görüşüne katılmıyoruz.

Gerçek ihmali bir sorumluluk kategorisi olmasına rağmen üstlerin taksirleri dolayısıyla sorumlu olması, üstün sorumluluğu kurumunun *sui generis* özelliklerinden birisidir. Askeri üstler ve fiilen askeri üst gibi hareket edenler dışındaki üstler bakımından ise taksirli sorumluluk kabul edilmemiştir. Bu kategorideki üstler, astların suç işlediğini ya da işleyeceğini biliyorlarsa ya da bu durumu gösterir bilgileri bilerek görmezden geliyorlarsa sorumlu olabilmektedir. *Değirmenci* ve *Tezcan/Erdem/Önok*'a göre, “bilerek görmezden gelme” ifadesi dolayısıyla sivil üstler bilinçli taksirin varlığı halinde de sorumlu olabilirler. Bilinçsiz taksirde öngörülmeenin “istenmemesi” vardır. Bilerek görmezden gelmede ise “istememe” değil, “kabullenme” vardır; bu yüzden yazarların görüşüne katılmıyoruz.

⁸⁵ Kai Ambos, *Treatise on International Criminal Law (Volume 1: Foundations and General Part)*, Oxford University Press, 2013, s. 186; Sliedregt, *Individual Criminal Responsibility*, s. 200; Nerlich, s. 676.

⁸⁶ Nerlich, s. 678.

⁸⁷ Mahmut Koca/İlhan Üzülmez, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 16. Baskı, Seçkin, 2023, s. 397; İzzet Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 19. Baskı, Seçkin, 2023, s. 397-398.

Üstün sorumluluğunun astların işlediği suçlarla üçüncü bağlantı noktası, üstün alacağı cezanın türünün ve miktarının astların işlediği suça göre değişebilmesidir. Üstün cezai sorumluluğunda üstün ihmalinin türü ve kaçınılabilirliği önem arz ettiği gibi, astların işledikleri suçların türü, yaygınlığı ve ağırlığı da belirleyici olmaktadır.⁸⁸

Üzerinde durulan üç bağlantı noktası, *Aksar*'ın ileri sürdüğünün aksine üstün sorumluluğu kurumunun bağımsız bir sorumluluk kategorisi olmadığını göstermektedir. Bize göre üstün sorumluluğu kurumunun hukuki niteliği ele alınırken, *Roma Statüsü* m. 28'in kompleks yapısı dolayısıyla, bütünsel niteleme yapmaktan kaçınmak, faillik statülerine ve yükümlülük türlerine göre ayrı ayrı değerlendirme yapmak gerekir:

(1) *Roma Statüsü* m. 28'in (a) fıkrasında askeri üst ve fiilen askeri üst gibi hareket eden kimselerin sorumluluğu düzenlenmiştir. Kanaatimizce bu üstler bakımından şu şekilde bir ayrımla değerlendirme yapılmalıdır:

(i) Askeri üst ve fiilen askeri üst gibi hareket eden kimseler, müessir kontrol kabiliyetine sahip olmalarına rağmen önleme ve bastırma yükümlülüklerini kasten ihlal ederlerse *Statü*'nün 25. maddesinde yer verilen iştirak hükümlerine göre sorumlu olurlar. Zira bu ihtimalde yükümlülüğünü kasten yerine getirmeyen üst, astlarının suç işlemlerini kolaylaştırmak suretiyle astlarının işlediği suça nedensel katkıda bulunmuş olur. *Statü*'nün 25. maddesindeki koşulların gerçekleşmesine ilave olarak üstün sorumluluğunu düzenleyen 28. maddedeki koşullarının da gerçekleşmesi, mahkeme icthadlarına göre cezayı ağırlaştırıcı bir sebeptir.⁸⁹ Önleme ve bastırma yükümlülüklerini taksirle ihlal edilmesi halinde ise iştirak hükümleri değil, *Statü*'nün 28. maddesinde düzenlenen üstün sorumluluğuna ilişkin hükümler uygulanır. Bu ihtimalde üstün sorumluluğu, astların işledikleri suçlarla nedensel olarak bağlantılı, manevi unsuru taksir olan *sui generis* bir sorumluluk kategorisidir.

(ii) *Roma Statüsü* m. 28'e göre, askeri üstler ve fiilen askeri üst gibi hareket eden kimseler cezalandırma/bildirmeme yükümlülüğünü yalnızca kasten ihlal edilebilir; bu yükümlülük bakımından taksirli sorumluluğa yer verilmemiştir. Üstün cezalandırma/bildirme yükümlülüğünü ihlal dolayısıyla cezalandırılabilmesi için yükümlülüğün ihlalinden sonra suç işlenmesi ve

⁸⁸ Sliedregt, *Individual Criminal Responsibility*, s. 197-198.

⁸⁹ *Prosecutor V. Dordevic*, In The Trial Chamber II, para: 1891; *Prosecutor V. Nyiramasuhuko et al.*, In The Trial Chamber II, para. 56.

bu suçların işlenmesinde üstün cezalandırma/bildirme yükümlülüğünü ihlal etmesinin astları cesaretlendirmesi koşulları aranır ancak o zaman üstün ihmali ile astların işledikleri suçlar arasında bağlantı kurulabilir.⁹⁰ *Roma Statüsü* m. 28'in lafzından ise bu koşulların aranmadığı anlaşılmaktadır. Cezalandırma/bildirme yükümlülüğü, mantıksal olarak, astların suç işlemesinden sonra ihlal edilebileceğinden astların işlediği suçlardan bağımsız kasıtlı-ihmali bir sorumluluk kategorisi niteliğindedir.

(2) *Roma Statüsü* m. 28'in (b) fıkrasında sivil üstlerin sorumluluğu düzenlenmiştir. Kanaatimizce bu üstler bakımından da bir ayırım yaparak değerlendirme yapılmalıdır:

(i) Düzenlemeye göre, sivil üstler, askeri üstler ve fiilen askeri üst gibi hareket edenlerin aksine önleme ve bastırma yükümlülüğünü yalnızca kasten ihlal edebilirler; taksirle ihlal edemezler. Zira sivil üstten söz edilebilmesi için astlar üzerinde müessir kontrol kabiliyetine sahip olunması gerekir. Bilerek bu kontrol mekanizmasını işletmeyen üst, astların suç işlemesini kolaylaştırmak suretiyle ilgili suçlara illi katkıda bulunmuş olur. Kastın varlığı halinde iştirak hükümleri uygulanacağından, düzenlemedeki bu fıkranın kanaatimizce tek başına uygulanma kabiliyeti yoktur. Bu fıkradaki koşulların gerçekleşmesi, en fazla, *Statü*'nün 25. maddesinde düzenlenen suça iştirak hükümlerine göre sorumlu olacak failin cezasını ağırlaştırma fonksiyonu görebilir.⁹¹

(ii) Sivil üstler bakımından da tıpkı askeri üstler ve fiilen askeri üst gibi hareket edenlerde olduğu gibi, cezalandırma/bildirmeme yükümlülüğü yalnızca kasten ihlal edilebilir. Cezalandırma/bildirme yükümlülüğü astların suç işlemesinden sonra ihlal edilebilir bir yükümlülük olduğu için bu yükümlülüğün ihlali astların işlediği suçlardan bağımsız bir sorumluluk kategorisi teşkil etmektedir. Bağımsız bir suç diyemiyoruz; çünkü *Statü*'nün 5. maddesine göre *Divan*'ın yargı yetkisine giren suçlar sınırlı sayıda ve sivil üstlerin *Statü*'nün 28. maddesinde yer verilen sorumluluğu bu kapsamda değildir.

Üstün sorumluluğu kurumunun hukuki niteliğine ilişkin kabul, özellikle nedensellik ilişkisi bağlamında, üstün sorumluluğu kurumunun unsurlarını etkilemektedir. Çalışmanın devamının üstün sorumluluğu kurumunun unsurları üzerinde durulacaktır.

⁹⁰ Sliedregt, *Individual Criminal Responsibility*, s. 194.

⁹¹ *Prosecutor V. Dordevic*, In The Trial Chamber II, para: 1891.

III. ROMA STATÜSÜ M. 28'E GÖRE ÜSTÜN SORUMLULUĞUNUN UNSURLARI

A. Manevi Unsur

Roma Statüsü m. 28'de sivil üstlerle diğer üstler birbirlerinden iki noktada ayrılmıştır:

(1) Düzenlemede askeri üstler ve fiilen askeri üst gibi hareket eden üstlerin taksirli sorumluluğuna yer verilmişken sivil üstlerin taksirli sorumluluğuna yer verilmemiştir.⁹²

(2) Düzenlemede askeri üstler ve fiilen askeri üst gibi hareket edenlerin müessir komuta/otorite ve kontrol yetkisi astlarla sınırlanmışken sivil üstlerin hem astları hem de suç teşkil eden fiillerin ilgili olduğu faaliyetler üzerinde müessir otorite ve kontrole sahip olması koşulu aranmıştır.

Anlaşılabacağı üzere üstün sorumluluğu kurumunun uygulanma alanı, sivil üstlere nazaran askeri üstler ve fiilen askeri üst gibi hareket eden kimseler bakımından daha geniştir.⁹³ Bu başlık altında manevi unsur üzerinde durulacağından bahse konu iki ayrım noktasından ilki üzerinde durulacaktır.

Statü'nün 28. maddesinde yer verilen “bilme” ve “bilmesi gerekme” ve “bilerek görmezden gelme” şeklinde üç subjektif duruma yer verilmiştir. Düzenlemede “bilmesi gerekme” unsuruna yalnızca askeri üstler ve askeri üst gibi davranan üstler bakımından yer verilmiştir. “Bilme” ve “bilerek görmezden gelme” ise hem sivil üstler hem de diğer üstler bakımından kabul edilen ortak manevi unsurlardır. *Tezcan/Erdem/Önok*'a göre, “bilerek görmezden gelme”, bilinçli taksire karşılık gelmektedir.⁹⁴ Bilinçli taksirde öngörmeye *istememe* şeklinde bir başka subjektif unsur daha eklenmektedir. Bilerek görmezden gelme durumunda ise *istememeden ziyade kabullenme* vardır. Bu yüzden biz, bilerek görmezden gelmenin *bilmeye* eş değer olduğunu ileri süren görüşe katılıyoruz.⁹⁵

⁹² Aşağıda üzerinde duracağımız üzere, Türk öğretisinde sivil üstlerin bilinçli taksirleri dolayısıyla sorumlu olabileceğini kabul eden bir görüş olmakla birlikte, biz, düzenlemede yer verilen “bilerek görmezden gelme” ifadesinin olası kasta karşılık geldiğini düşündüğümüzden bu görüşe katılmamaktayız.

⁹³ Sliedregt, *Individual Criminal Responsibility*, s. 201.

⁹⁴ Tezcan/Erdem/Önok, s. 554. Aynı yönde; Değirmenci, s. 75.

⁹⁵ Triffiterer/Ambos, s. 1124. b

Statü'nün üstün sorumluluğunu düzenleyen 28. maddesinde yer verilen ve hem sivil üstler hem de diğer üstler bakımından ortak manevi unsur olan "bilme", *Statü*'nün "manevi unsurlar" başlıklı 30. maddesinde yer verilen "bilme" kavramına karşılık gelmektedir. Bu yüzden *Statü*'nün 30. maddesi üzerinde durmak gerekir. *Roma Statüsü* m. 30'a göre;

"1. Aksi belirtilmedikçe, Divan'ın yargı yetkisine giren bir suçtan dolayı bir kimsenin sorumlu tutulabilmesi için suçun maddi unsurlarını bilerek ve kasten gerçekleştirilmesi gerekir.

2. Bu maddenin amaçları doğrultusunda, kasttan söz edilebilmesi için;

(a) Hareket bakımından, hareketin iradi olarak gerçekleştirilmesi,

(b) Netice bakımından, neticenin amaçlanması veya hayatın olağan akışı içerisinde gerçekleşeceğinin bilincinde olunması gerekir.

3. Bu maddenin amaçları doğrultusunda 'bilme', suçun unsurlarının gerçekleştiğinin ya da hayatın olağan akışına göre bir neticenin ortaya çıkacağına bilincinde olmaktır".^{96,97}

Kast, zaten bilmeyi içerdiğinden, bilme ve kast kavramlarına *Roma Statüsü* m. 30'da ayrı ayrı yer verilmesinin nedeni, her bilmenin kast

⁹⁶ "(a) Hareket bakımından, hareketin iradi olarak gerçekleştirilmesi", şeklindeki çevirimizle ilgili olarak şu hususu belirtmemiz gerekir: Bu ifadeye karşılık gelen İngilizce metni birebir çevirmiş olsaydık, "iradi olarak gerçekleştirilme" yerine "amaçlama" ifadesini kullanmamız gerekirdi. Zira düzenlemede "means to" ifadesi kullanılmıştır. Bu ifade, amaçlama anlamına gelmektedir. Ancak, *Triffterer/Ambos*'un da haklı olarak belirttiği üzere, burada "means to" ifadesi, fiilin sadır olduğu kimseye isnat edilebilmesi için gerekli olan minimum sübjektiviteye yani "iradi olma" ya karşılık gelmektedir. *Triffterer/Ambos*, s.1121.

⁹⁷ Hukuk normlarında normatif ve olgusal (deskriptif) unsurlar bulunur; zira her norm dış dünyadaki bir gerçekliğe tekabül etmektedir. Öte yandan her maddi gerçeklik norma konu olduğunda, normatif bir içerik de kazanmaktadır. *Roma Statüsü* m. 32/1'e göre, suç tipinin olgusal unsurlarında hata, kastı engeller. Suç tipinin normatif unsurlarında hatanın hukuki sonucu ise haksızlık bilincinin suçun yapısal unsurları içerisinde nerede konumlandırıldığı ile ilgilidir. *Roma Statüsü* m. 32/2'ye göre, hukuku bilmemek kural olarak önemli değildir. Bununla birlikte düzenlemede iki istisnaya yer verilmiştir. Bu istisnalardan biri, bu tür bir hatanın suçun sübjektif unsurunu ortadan kaldırmasıdır. Bu istisnadan ne anlaşılması gerektiği tartışmalıdır. İkinci istisna, *Statü*'nün 33. maddesidir. Bu düzenlemeye göre ast, üstün emrini yerine getirmek zorundaysa, emir açıkça haksız değilse ve ast, emrin hukuka aykırı olduğunu bilmiyorsa sorumlu olmaz. Aynı düzenlemeye (m. 33)'e göre, insanlığa karşı suça vücut veren fiiller ile soykırım suçuna vücut veren fiiller açıkça haksız olan fiillerdir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Annemieke van Verseveld, *Mistake of Law Excusing Perpetrators of International Crimes*, T. M. C. Asser Press, 2012, s. 82 vd.

olmamasıdır.⁹⁸ Zira kast, bilme ve irade unsurlarından oluşur. Hazırlık komitesinin 1997 yılı Şubat ayındaki toplantısında, “bilme” ve “kast” ifadeleri arasında “ve” bağlacının mı yoksa “veya” bağlacının mı kullanılması gerektiği hususu tartışılmış “ve” bağlacının kullanılmasına karar verilmiştir. Bu kararın arkasındaki gerekçe, unsurlar bilinmeksizin kasten hareket edilemeyeceğidir; başka bir ifadeyle bilmenin kastın zamansal olarak öngelen unsuru olmasıdır.⁹⁹ *Roma Statüsü* m. 30/2’de kast kavramı, davranış ve netice bakımından ayrı ayrı tanımlanmıştır. Netice, gelecekte gerçekleşecek bir fenomen olduğu ve gelecek bilinmeyeceği ancak öngörülebileceği için neticenin bilinmesinden söz edilmemiş neticenin “amaçlanmasından” ve “hayatın olağan akışına göre gerçekleşeceğinin bilincinde olma”dan söz edilmiştir.¹⁰⁰ *Triffterer/Ambos*’a göre, düzenlemede açıkça doğrudan kast-olası kast ayırımına yer verilmese de düzenlemedeki “amaçlanma” ifadesi doğrudan kasta, “hayatın olağan akışına göre gerçekleşeceğinin bilincinde olma” ifadesi ise olası kasta karşılık gelmektedir.¹⁰¹ *Roma Statüsü* m. 30/3’te, davranış ve netice dışında kalan suçun diğer unsurlarına ilişkin manevi unsura yer verilmiştir. Üçüncü fıkrada yer verilen “netice” terimi, davranışın sonucu olan tipik netice değildir; bu ifade davranış anına eşlik etmeyen gelecekte gerçekleşecek unsurları (tipik netice dışındaki) ifade etmektedir.¹⁰² *Statü*’ye göre, suçun davranış ve netice dışında kalan bu unsurları bakımından failin kasten hareket etmesine gerek yoktur. Failin bu unsurların gerçekleştiğini bilmesi veya hayatın olağan akışına göre gerçekleşeceklerinin bilincinde olması yeterlidir.

Roma Statüsü m. 30’da kast ve bilme kavramlarına ayrı ayrı yer verildiği ve *Statü*’nün üstün sorumluluğunu düzenleyen 28. maddesinde kasttan değil, yalnızca bilmeden söz edildiği için; üstün astlarının işlediği suçların netice unsurunu amaçlaması gerekmemektedir.¹⁰³ Bu husus, özellikle soykırım suçu bakımından önem arzeder. *Statü*’nün soykırım suçunu düzenleyen 6. maddesine göre, failin bir ulusu, ırkı, dini ya da etnik grubu kısmen veyahut tamamen yok etme kastı ile hareket etmesi gerekir. *Statü*’nün üstün sorumluluğu kurumunu düzenleyen 28. maddesinde kasta yer verilmediği için soykırım kastı ile hareket etmeyen üst, astlarının bu suça vücut veren fiilleri işlediğini biliyorsa

⁹⁸ *Triffterer/Ambos*, s.1117.

⁹⁹ *Triffterer/Ambos*, s.1117.

¹⁰⁰ *Triffterer/Ambos*, s. 1121-1123

¹⁰¹ *Triffterer/Ambos*, s. 1112.

¹⁰² *Triffterer/Ambos*, s. 1122-1124.

¹⁰³ *Triffterer/Ambos*, s. 1089 vd.

ya da en azından bilebilecek durumda ise sorumlu olabilecektir.¹⁰⁴

Statü'nün 28. maddesinde yer verilen ve hem sivil üstler hem de diğer üstler bakımından ortak unsur olan “bilme”nin varlığı tespit edilirken; hukuka aykırı fiillerin sayısı, kapsamı, sıklığı, yaygınlığı, söz konusu fiilleri gerçekleştiren kuvvetlerin türü ve sayısı, üstün hiyerarşik pozisyonu, fiillerin gerçekleştiği yer ile üstün fiillerin gerçekleştiği anda bulunduğu yer gibi kriterler göz önünde bulundurulmaktadır.¹⁰⁵ Bu bağlamda, üste iletilen rapor ve mektup gibi belgelerde suç işlendiğini ya da işlenmekte olduğunu gösterir ifadeler, tanıklıklar, üstün yazılı ya da sözlü açıklamaları gibi delillerle üstün subjektif durumunu ispatlanabilir.¹⁰⁶ Ayrıca üstün sorumlu tutulabilmesi için, objektif olarak, astları üzerinde müessir kontrol imkânına sahip olması yeterli değildir; üstün bu durumu bilmesi gerekir.¹⁰⁷

“Bilme” ve “bilmesi gerekme” hem sivil hem de diğer üstler bakımından ortak manevi unsurken “bilmesi gerekme” unsuruna yalnızca, *Roma Statüsü m. 28'in* askeri üstler ve askeri üst gibi hareket eden fiillerin sorumluluğunu düzenleyen (a) fıkrasında yer verilmiştir. Dolayısıyla sivil üstler astlarının suç işleyeceğini ya da işlediğini bilmeleri gerektiğinden bahisle sorumlu tutulamazlar.

Daha önce ifade ettiğimiz üzere *Statü*'nün 28. maddesinde yer verilen “bilme” kavramı, *Statü*'nün “manevi unsurlar” başlıklı 30. maddesinde yer verilen “bilme” kavramına karşılık gelmektedir. Zira *Statü*'nün 30. maddesindeki düzenleme, *Statü*'te yer verilen bütün suçlar için ortak düzenlemedir. “Bilmesi gerekme” kavramına ise *Statü*'nün 30. maddesinde yer verilmemiştir. Bununla birlikte *Statü*'nün 30. maddesine sorumluluğun manevi unsurunun kast olduğu belirtilirken “aksi belirtilmedikçe” ifadesi kullanılmıştır. *Statü*'nün 28. maddesi, *aksi belirtilen* hallerden birisidir; çünkü m. 28'de “bilmesi gerekme” subjektif unsuruna yer verilmiştir. Anlaşılabacağı üzere, “aksi belirtilmedikçe” ifadesi, iki düzenleme arasında genel norm-özel norm ilişkisi yaratmaktadır.¹⁰⁸

¹⁰⁴ Üstün sorumluluğunda soykırım suçu bakımından üstün kasıtlı hareket etmesinin gerekmediği hakkında detaylı bir değerlendirme için bkz. Zahar, 614 vd.

¹⁰⁵ *Prosecutor V. Naser Oric*, In The Trial Chamber II, para: 319.

¹⁰⁶ Tezcan/Erdem/Önok, 2023, s. 553; Değirmenci, s. 87.

¹⁰⁷ *Prosecutor V. Prlic et al.*, In Trial Chamber III, Case No: IT-04-74-T, Date: 29.05.2013, para. 245 <<https://www.icty.org/x/cases/prlic/tjug/en/130529-1.pdf>> Erişim Tarihi 19.10.2023.

¹⁰⁸ Sliedregt, *Individual Criminal Responsibility*, s. 48; Nerlich, s. 675.

Statü'de terminolojik olarak *taksir* kavramına yer verilmese de *Bemba davasında* “bilmesi gerekme”nin, *taksire* (*negligence*) karşılık geldiği ifade edilmiştir.¹⁰⁹ Hangi durumlarda “bilmesi gerekme”den söz edilebileceği sıklıkla işaret edildiği üzere somut olaydan somut olaya değişkenlik gösterir.¹¹⁰ Somut olayda astların *Divan*'ın yargı çevresine giren bir suç işlediğini veya işlemek üzere olduğunu gösterir vesileler olmasına rağmen üst özensizliği nedeniyle bu vesilelere duyarsız kalmışsa ya da duyarsız kalmamakla birlikte yine özensizliği nedeniyle bu vesileleri doğru bir şekilde yorumlayamamışsa sorumlu olur.¹¹¹ Örneğin, bir komutan emrindeki askerlerin göreve gitmeden önce alkol kullandığını ya da bazı askerlerin şiddete eğilimli olduğunu öğrenmişse gerekli tedbirleri almakla yükümlüdür.¹¹² Astlarının suç işlediği veya işleyeceği hususunda üstü şüpheye düşürmeye yetecek kadar bilginin varlığı yeterli olup bu bilginin kesin ve açık (hangi suçun, ne kapsamda, kimler tarafından vb.) olması gerekmez; genel bilgi yeterlidir.¹¹³ Örneğin, üst kendisine ulaştırılan raporda, -kimlik bilgileri ve işledikleri fiiller belirtilmese de- astlarının disiplinsiz, görev gereklerine aykırı bir tutum içerisinde olduğunu öğrenirse araştırma yapmak ve gerekli tedbirleri almakla mükelleftir.¹¹⁴

Statü'nün 28. maddesinde “bilmesi gerekme” ifadesinin tercih edilmesi tartışma konusu olmuştur. Tartışmanın nedeni, Yugoslavya ve Ruanda uluslararası ceza mahkemelerinin statülerinde “bilmesi gerekme” ifadesi yerine “bilmesini gerektiren nedene sahip olma” ifadesine yer verilmiş olmasıdır. Esasen “bilmesi gerekme” ifadesine, *Cenevre Antlaşması'na Ek 1977 tarihli I. Protokol*'un 86. maddesinin 2. fıkrasında da yer verilmiştir. Dolayısıyla *Roma Statüsü*'nün 28. maddesindeki düzenleme ile eskiye dönülüp *Cenevre Antlaşması'na Ek I. Protokol*'deki ifade tekrar tercih edilmiştir. “Bilmesi gerekme” ve “bilmesini gerektiren nedene sahip olma” ifadeleri arasında şu şekilde bir farklılık olduğu belirtilmektedir: “Bilmesi gerekme”, üstün astlarının suç işlediğini ya da işlemek üzere olduğunu gösterir bilgiye aktüel olarak sahip olmasa da gerekli özeni gösterseydi sahip olabileceği anlamına

¹⁰⁹ *Prosecutor V. Jean-Pierre Bemba Gombo*, Pre-Trial Chamber II, para: 429.

¹¹⁰ *Prosecutor V. Oric*, In The Trial Chamber II, para: 319.

¹¹¹ Ambos, *Treatise On International Criminal Law*, s. 223.

¹¹² *Prosecutor V. Mucić et al.*, In The Appeals Judgement, Case No: IT-96-21-A, Date: 20.02.2001, para. 238 <<https://www.icty.org/x/cases/mucic/acjug/en/cel-aj010220.pdf>> Erişim Tarihi 19.10.2023.

¹¹³ *Prosecutor V. Prlic et al*, In Trial Chamber III, para: 249.

¹¹⁴ *Prosecutor V. Mucić et al.*, In The Appeals Judgement, para: 238.

gelmektedir.¹¹⁵ “Bilmesi için nedeni olması” ifadesi ise üstün, bir bilgiye sahip olduğu ve gerekli özeni gösterseydi bu bilgiden hareketle astlarının suç işlediğini ya da işleyeceğini bilebileceğini ifade etmektedir.¹¹⁶ Bizim de katıldığımız yoruma göre; m. 28’de “bilmesi gerekme” ifadesinin yanı sıra “mevcut koşullar” ifadesine de yer verilmesi dolayısıyla m. 28’deki “bilmesi gerekme” ifadesi, Yugoslavya ve Ruanda uluslararası ceza mahkemelerinin statülerinde yer verilen “bilmesini gerektiren nedene sahip olmak” ifadesiyle aynı anlama gelmektedir.¹¹⁷

B. Maddi Unsurlar

1. Üst-Ast İlişkisi

Üstün sorumluluğu, üst-ast ilişkisine dayanan bir sorumluluk türüdür. Aynı rütbeteki kişiler bakımından koşulları oluşmuşsa suça iştirakten söz edilebilir.¹¹⁸ Üst-ast ilişkisi hukuki (*de jure*) olabileceği gibi, fiili de (*de facto*) olabilir.¹¹⁹ Fiili ast-üst ilişkisi, çoğunlukla iç savaşlarda görülen bir hiyerarşi tipi olsa da devletlerarası çatışmalarda da söz konusu olabilir.¹²⁰

Statü’nün 28. maddesi, ast-üst ilişkisinde, soyut hukuki işlem temelli mekanik bir standart yerine normatif bir standart kabul etmiştir.¹²¹ Üst-ast ilişkisi, atama ve seçme gibi hukuki bir işlemle kurulmuşsa üst karine olarak (*prima facie*), astları üzerinde müessir kontrol kabiliyetine sahiptir; ancak bu

¹¹⁵ “‘bilmesi gerekme’ standardı, suçun işlendiği tarihte ulaşılabılır bir bilginin olup olmadığı hususundan bağımsız olarak üste, emri altındaki birliklerin fiilleri hakkında bilgi sahibi olabilecek tedbirleri alma yükümlülüğü getirmektedir”. *Prosecutor V. Jean-Pierre Bemba Gombo*, Pre-Trial Chamber II, para: 433.

¹¹⁶ Jenny S. Martinez, “Understanding Mens Rea in Command Responsibility: From Yamashita to Blaskic and Beyond”, *Journal of International Criminal Justice*, 5(3), 2007, s. 258. Sierra Leone Özel Mahkemesi, “bilmesi için nedeni olması” ifadesini bu şekilde yorumlamıştır: Bkz. *Prosecutor V. Charles Ghankay Taylor*, Trial Chamber II, Case No: SCSL-03-01-T, Date: 30.05.2012, para: 498.

¹¹⁷ Triffterer/Ambos, s. 1091; Nerlich, s. 674.

¹¹⁸ Değirmenci, s. 84.

¹¹⁹ Tezcan/Erdem/Önok, s.553; Mettraux, s. 141, Sliedregt, *Individual Criminal Responsibility*, s. 198-199. *Prosecutor V. Karadzic*, In The Trial Chamber, Case No: IT-95-5/18-T, Date: 24.03.2016, para. 580 <https://www.icty.org/x/cases/karadzic/tjug/en/160324_judgement.pdf> Erişim Tarihi 14.10.2023.

¹²⁰ Bantekas, s. 579.

¹²¹ Mark Osiel, “The Banality of Good: Aligning Incentives against Mass Atrocity”, *Columbia Law Review*, 105 (6), 2005, s. 1779.

durumda dahi hukuki olarak müessir kontrol imkânına sahip olan üstün fiili olarak da müessir kontrol imkânına sahip olduğu ispat edilmelidir.¹²² Hukuki olarak üst pozisyonunda olan kimse fiilen yetkilerini kullanamıyorsa cezai sorumluluk taşımazken hukuki olarak üst pozisyonunda olmayan bir kimse fiili olarak müessir kontrol kabiliyetine sahipse sorumlu olabilmektedir.¹²³ *Statü*'nün 28. maddesindeki “müessir komuta/kontrol ve otorite” ifadesinin anlamı budur.¹²⁴

Bir ülkeye ait düzenli askeri kuvvetler bakımından üst-ast ilişkisinin tespit etmek, düzenli silahlı kuvvetlerin hiyerarşik katmanları açıkça belli olduğu için nispeten kolaydır.¹²⁵ Aynı şekilde, fiilen askeri üst gibi hareket eden örneğin, maramiliter birliklere liderlik yapanları ya da polis kuvveti amirlerini de üstün sorumluluğu çerçevesinde sorumlu tutmak görece kolaydır:

“[fiilen askeri üst gibi hareket edenler], *mevcut hukuk kurallarına göre askeri üst olarak görevlendirilmemiş ancak fiili olarak bir grup insan üzerinde emir komuta zinciri içerisinde müessir kontrol kabiliyetine sahip olan kimselerdir*”.¹²⁶

“*Fiilen askeri üst gibi hareket eden üst kavramı, genellikle düzenli polis üniteleri, ya da düzenli olmayan direnişçi gruplar, paramiliter gruplar ve milisler üzerinde müessir otorite ve kontrole sahip olan kimseleri ifade eder*”¹²⁷

Sorumlulukları *Statü*'nün 28. maddesinin (b) fıkrasında düzenlenen sivil üstleri tespit etmek ise güçtür.¹²⁸ Sorun, bu kapsamda değerlendirilebilecek, ülkenin yürütme organının başı, bakan, belediye başkanı, dini lider, siyasi parti yöneticisi gibi sivillerin hangi durumlarda m. 28'e göre sorumlu olacağıdır. Özellikle sivil üstler bakımından üst-ast ilişkisinin ortaya konulması uluslararası ceza yargılamalarının halli en zor unsurlarından birini

¹²² *Prosecutor V. Karadzic*, In The Trial Chamber, para. 581.

¹²³ Mettraux, s. 141; Nerlich, s. 669. Sierra Leone Özel Mahkemesi de bu hususa vurgu yapmıştır: Bkz. *Prosecutor V. Charles Ghankay Taylor*, Trial Chamber II, Case No: SCSL-03-01-T, Date: 30.05.2012, para: 493.

¹²⁴ Nerlich, s. 669.

¹²⁵ Tezcan/Erdem/Önok, s. 551-552; Mettraux, *Command Responsibility*, s. 106.

¹²⁶ *Prosecutor V. Jean-Pierre Bemba Gombo*, Pre-Trial Chamber II, para: 409.

¹²⁷ *Prosecutor V. Jean-Pierre Bemba Gombo*, Pre-Trial Chamber II, para: 410.

¹²⁸ Rene Vark, “Superior Responsibility”, *Estonian National Defence College Proceedings*, 15(1), 2012, s. 152.

oluşturmaktadır.¹²⁹

İçtihatlara göre, *Divan*'ın yargı yetkisi kapsamındaki suçları işleyenlerin üzerinde etki sahibi olmak üstün sorumluluğu bakımından gereklidir; ancak yeterli değildir.¹³⁰ Sivillerin tıpkı askeri üst ve fiilen askeri üst gibi hareket eden üstlerde olduğu gibi müessir kontrol imkânına sahip olması gerekir.¹³¹ İçtihatlara göre müessir kontrol; “önleme, bastırma ve cezalandırma yükümlülükleri bakımından maddi imkânlara sahip olmadır”.¹³²

Kordic davası'nda, Bosna'nın Las Valley bölgesinde sözü geçen bir politikacı olan sanığın, Müslüman Bosnalılar'ı katleden askeri personel üzerinde müessir kontrole sahip olmadığı gerekçesiyle sorumlu olmadığına hükmedilmiştir.¹³³ *Mahkeme*, bu kararı ile “müessir kontrol” ve “önemli etki” olgularını birbirinden ayırmış, sivil üstün astları kontrol etme gücünün olmadığı durumlarda, şahsından ya da pozisyonundan kaynaklanan fiili etkinliğini dikkate almamıştır.¹³⁴ Askeri üstler ve sivil üstler arasındaki farklılık özellikle suç işleyen astın cezalandırılması yükümlülüğünde kendini göstermektedir. Kural olarak, hiyerarşik konumların yasayla belirlendiği ve itaatın zorunlu tutulduğu askeri düzende üst, astı cezalandırma yetkisine sahiptir.¹³⁵ Sivil üstün ast üzerindeki etkisi yasadan kaynaklanmayan fiili bir durumdur ve genellikle de cezalandırma gücünü içermez.¹³⁶ *Aleksovski davası*'nda *Mahkeme*, bu hususta şu tespiti yapmıştır:

“Askeri hiyerarşide emir verme yetkisinin doğal olarak cezalandırma yetkisini de içermesi, sivil üstler bakımından geçerli değildir. Sivil üstün astları üzerinde askeri üste eşdeğer seviyede disiplin otoritesine sahip olması

¹²⁹ Vark, s. 152.

¹³⁰ *Prosecutor V. Prlic et al*, In Trial Chamber III, para: 240.

¹³¹ *Prosecutor V. Jean-Pierre Bemba Gombo*, Pre-Trial Chamber II, para: 422.

¹³² *Prosecutor V. Prlic et al*, In Trial Chamber III, para: 249.

¹³³ *Prosecutor V. Kordic/Cerkez*, In The Trial Chamber, Case No: IT-95-14/2-T, Date: 26.02.2001, para: 413-415 <<https://www.refworld.org/cases,ICTY,41483e9be.html>> Erişim Tarihi 12.11.2023.

¹³⁴ *Prosecutor V. Kordic/Cerkez*, In The Trial Chamber, para: 415

¹³⁵ *Prosecutor V. Aleksovski*, In The Trial Chamber, Case No: IT-95-14/1-T, Date: 25.06.1999, para: 78 <<https://www.icty.org/x/cases/aleksovski/tjug/en/ale-tj990625e.pdf>> Erişim Tarihi 27.10.2023.

¹³⁶ *Prosecutor V. Aleksovski*, In The Trial Chamber, para: 78.

beklenebilir bir durum değildir".¹³⁷

Hangi durumlarda önleme, bastırma ve cezalandırma bakımından maddi imkândan başka bir ifadeyle müessir kontrolden söz edilebileceğine ilişkin olarak mahkeme kararlarında bazı kıstaslar ortaya konulmuştur:

“Üstün müessir kontrole sahip olup olmadığı değerlendirilirken;

(i) emir verme ve emirlere uyulması,

(ii) aktüel olarak disiplin işlemi yapabilme yetkisi,

(iii) terfi ettirebilme ya da görevden alabilme yetkisi gibi faktörler göz önünde bulundurulmalıdır”.¹³⁸

Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi, Celebici davasında, Konjic savunma birliklerinin kordine edeni sıfatıyla yargılanan *Zejnir Delalic*’in, kamptaki işkence, cinsel saldırı, öldürme gibi fiileri gerçekleştirenler üzerinde müessir kontrol kabiliyetinin bulunmadığını belirterek *Delalic*’in suçsuz olduğuna hükmetmiştir.¹³⁹ *Mahkeme*’ye göre, *savunma birliklerinin kordine edeni* ünvanı bilindik bir askeri unvan olmayıp¹⁴⁰ *Delalic*’in ilk yardım malzemelerini temin etme, ulaşım araçlarını transfer etme gibi lojistik işleri kordine etmesi, ona hukuki ya da fiili olarak üst sıfatını kazandırmaz.¹⁴¹ İddia makamı, *Delalic*’in önemli belgelerde imzasının olduğunu¹⁴², önemli görevlere atamalarda önerilerinin yetkili mercilerce esas alındığını¹⁴³, tutsakların hangi koşullarla salıverilebileceğine karar verdiğini¹⁴⁴ ileri sürerek *Delalic*’in üstün sorumluluğu hükümleri çerçevesinde sorumlu tutulmasını talep etmiştir. *Mahkeme*, *Delalic*’in söz konusu evrakları karar veren sıfatıyla değil, kararın alınmasına tanıklık eden sıfatıyla imzaladığını¹⁴⁵, öneride bulunmanın

¹³⁷ *Prosecutor V. Aleksovski*, In The Trial Chamber, para: 78.

¹³⁸ *Prosecutor V. Karadzic*, In The Trial Chamber, para. 581.

¹³⁹ *Prosecutor V. Delalić et al.*, In The Trial Chamber, para: 643 vd.

¹⁴⁰ *Prosecutor V. Delalić et al.*, In The Trial Chamber, para: 665.

¹⁴¹ *Prosecutor V. Delalić et al.*, In The Trial Chamber, para: 668.

¹⁴² İddia makamına göre, *Pazaric ve Jablanica* arasındaki tren yolunun tekrar açılması talimatını veren belgenin altında *Delalic*’in imzasının olması, onun önemli kararları alma yetkisine ve dolayısıyla da üst sıfatına sahip olduğunu göstermektedir. *Prosecutor V. Delalić et al.*, In The Trial Chamber, para: 671-672.

¹⁴³ *Prosecutor V. Delalić et al.*, In The Trial Chamber, para: 674.

¹⁴⁴ *Prosecutor V. Delalić et al.*, In The Trial Chamber, para: 669.

¹⁴⁵ *Prosecutor V. Delalić et al.*, In The Trial Chamber, para: 671-672.

atama yapma yetkisine sahip olma anlamına gelmediğini¹⁴⁶, *Delalic*'in tutsakları salıverme yetkisine sahip olduğu iddiasının ise yeterli delille desteklenmediğini¹⁴⁷ belirterek iddia makamının talebini yerinde görmemiştir. Bu davada yargılanan bir diğer sanık olan *Zdravko Mucic*, tutsaklar kampının fiili komutanı olarak kampta işlenen suçları önleyebilecek imkânlarla sahip olmasına rağmen yükümlülüklerini yerine getirmediğinden bahisle sorumlu tutulmuştur.¹⁴⁸ Tanıklar, *Mucic*'in tutsaklara karşı suç işlenmemesi konusunda astlarına talimat verse de çoğunlukla kampta bulunmadığını, tutsaklara kötü muamelede bulunulduğuna ilişkin iddiaları görmezden geldiğini belirtmiştir.¹⁴⁹ *Mahkeme*, kampta işlenen suçların sayısı ve yoğunluğunu dikkate alarak *Mucic*'in yaşananlardan haberdar olmadığı şeklindeki savunmasını yerinde görmemiştir.¹⁵⁰

Uluslararası Ceza Divanı'nın yargı yetkisine giren suçlar coğrafi olarak geniş bir alanda sirayet eden çoğunlukla birden fazla kişinin dâhil olduğu suçlardır.¹⁵¹ Astın doğrudan ilgili üste bağlı olması zorunlu değildir.¹⁵² Daha açık bir ifadeyle üst-ast ilişkisi tek katmanlı değildir; bu yüzden aynı suç dolayısıyla birden fazla üst sorumlu olabilir.¹⁵³ Ancak burada sınırın müessir kontrol kabiliyeti olduğunu gözden kaçırmamak gerekir. Örneğin, operasyonel üstler, ilgili birim amirleri aracılığıyla, operasyona katılan tüm üniteleri yönetir; operasyonel üstün astlarla olan ilişkisi, bireysel olarak belirli astlar üzerinde denetim yetkisine sahip olan taktik üstlerin astları ile olan ilişkisiyle aynı değildir.¹⁵⁴ Bu durum operasyonel üstün sorumlu olmayacağı anlamına gelmez. Ancak, şüphesiz, taktik üstlerin astları üzerinde müessir kontrol

¹⁴⁶ İddia makamı, *Celebici* tutsak kampının komutanını olarak *Zdravko Mucic*'in görevlendirilmesini *Delalic*'in resmi olmayan bir toplantıda önerdiğini ileri sürmüştü, *Mahkeme*, bir yandan “öneride bulunmanın” öte yandan “atamalar yapma yetkisine sahip olmanın” birbiriyle çelişen iddialar olduğunu; zira, böyle bir yetkisi varsa öneride bulunmayacağını doğrudan görevlendirmede bulunabileceğini belirtmiştir. *Prosecutor V. Delalić et al.*, In The Trial Chamber, para: 674.

¹⁴⁷ *Prosecutor V. Delalić et al.*, In The Trial Chamber, para: 669.

¹⁴⁸ *Prosecutor V. Delalić et al.*, In The Trial Chamber, para: 774.

¹⁴⁹ *Prosecutor V. Delalić et al.*, In The Trial Chamber, para: 772-773.

¹⁵⁰ *Prosecutor V. Delalić et al.*, In The Trial Chamber, para: 770.

¹⁵¹ Jamie Allan Williamson, “Some Considerations on Command Responsibility and Criminal Liability”, *International Review of the Red Cross*, 90(870), 2008, s. 310.

¹⁵² Tezcan/Erdem/Önok, s. 552; Değirmenci, s. 85.

¹⁵³ Önok, s. 110.

¹⁵⁴ Önok, s. 110.

kabiliyetine sahip olduğunu ispat etmek ve dolayısıyla üstün sorumluluğu hükümlerini işletmek operasyonel üstlere nazaran daha kolaydır.

Üstün sorumluluğundan söz edilebilmesi için kendisine sorumluluk isnat edilenin “üst” pozisyonunda olduğunu bilmesi gerekir.¹⁵⁵ Resmi olarak kendisine yetki verilen kişi henüz bu durumu öğrenmemişse görevlendirme anı ile öğrenme anı arasında işlenen suçlardan “üst” sıfatıyla sorumlu olmaz; aynı şekilde görev kabul edilmemişse yine görevi kabul etmeyen kimse, *görevi kabul etseydi astların suçlarını önleyebilir ya da bastırabilirdi* iddiası ile sorumlu tutulamaz.¹⁵⁶

Statü'nün 28. maddesinde yer verilen “müessir komutası ve kontrolü ya da müessir otoritesi ve kontrolü altında bulunan birlikler” ifadesindeki “müessir komuta ve kontrol” ifadesi, askeri üstler; “müessir otorite ve kontrol” ifadesi ise fiilen askeri üst gibi hareket eden üstler için kullanılmıştır; bu iki ifade arasındaki farklılığın tek nedeni budur; aralarında öz itibarıyla bir farklılık yoktur.¹⁵⁷

2. Astın Divan'ın Yargı Çevresine Giren Bir Suçu İşlemiş Olması

Statü'nün 28. maddesinin hem (a) hem de (b) fıkrasına göre üst, astlarının “*Divan*'ın yargı yetkisine giren suçları işleme”¹⁵⁸ dolayısıyla sorumlu olmaktadır. Söz konusu ifadede ortaya konması gereken iki husus vardır:

- (1) *Divan*'ın yargı yetkisine giren suçlar nelerdir?
- (2) “Suç işleme” ifadesinden neyi anlamak gerekir?

İlk sorunun yanıtı kolaydır. Zira *Statü*'nün 5. maddesine göre; *Divan*'nın yargı yetkisine giren suçlar; *soykırım suçu, insanlığa karşı suçlar, savaş suçları ve saldırı suçu*'dur. *Roma Statüsü*'nde, ismen dört suç tipinden söz edilse de, söz konusu suçların tipikliğinde, öldürme, yaralama, yağma, cinsel saldırı, mala zarar verme, çocuk düşürtme, hürriyetten yoksun bırakma, işkence, zorla çalıştırma, cebir, tehdit, ayrımcılık gibi birçok fiil yer almaktadır. Bu yüzden üstün sorumluluğunun dayanağını teşkil eden suçların çerçevesi geniştir.

¹⁵⁵ Mettraux, s. 139.

¹⁵⁶ Mettraux, s. 139.

¹⁵⁷ *Prosecutor V. Jean-Pierre Bemba Gombo*, Pre-Trial Chamber II, para: 412.

¹⁵⁸ *Aksar*'a göre suç işlenmese dahi üst yükümlülüklerini yerine getirmese sorumlu olabilecektir. *Aksar*, s. 15.

İkinci sorunun yanıtı ise birinci sorunun yanıtına nazaran zordur. Örneğin, astların ihmali davranışları ile *Divan*'ın yargı yetkisine giren suçları işleyip işleyemeyeceğinin açıklığa kavuşturulması gerekir. Keza, “suç işlemek” ifadesi, astın yalnızca müstakil fail olduğu suçları kapsayacak kadar dar veyahut astların iştirak ettikleri fiilleri de kapsayacak şekilde geniş yorumlanmaya müsaittir.

Bir görüşe göre, “işlemek” ifadesini katı bir şekilde yorumlamak, astın sadece fail olduğu suçlar dolayısıyla üstü sorumlu tutmak gerekir.¹⁵⁹ Ast, üçüncü bir kimsenin işlediği fiile şerik olarak katılmışsa, üst sorumlu tutulamaz; zira bu ihtimalde üstün işlenen suçta önleme ya da bastırma bakımından maddi imkânlarla (*material ability*) sahip olduğu ileri sürülemez.¹⁶⁰

Hâkim görüşe göre, üstün sorumluluğu astların yalnızca bizzat işledikleri, icrai nitelikteki tamamlanmış suçlarla sınırlı değildir: Ast, ihmali davranışlarıyla da *Divan*'ın yargı yetkisi kapsamındaki suçları işleyebilir.¹⁶¹ Örneğin, işgal edilen şehirde güvenliği sağlamakla görevli olan astların bu yükümlülüklerini ihmal etmeleri neticesinde işgal bölgesinde savunmasız kişilere karşı üçüncü kişiler tarafından cinsel saldırı, adam öldürme gibi fiillerin işlenmesi halinde üstün sorumluluğuna gidilebilir.¹⁶² Astların korumakla yükümlü olduğu kimselere zarar veren üçüncü kişilerin kimliklerinin tespit edilip edilmemesi de sorumluluk bakımından önemli değildir.¹⁶³ Astın dâhil olduğu hiyerarşi zincirinde sorumluluk sadece astın bir üzerinde olan üst ile sınırlı değildir; bu tür durumlarda müessir kontrol koşulunun gerçekleştiğini tespit zor olsa da, teorik olarak, arada başka üstlerin olması tek başına diğer

¹⁵⁹ Mettraux, s. 135.

¹⁶⁰ Mettraux, s. 136.

¹⁶¹ Kai Ambos, “Command Responsibility and Organisationsherrschaft: Ways of Attributing International Crimes to The ‘Most Responsible’”, Andre Nollkaemper (Ed.), *Sistem Criminality in International Law*, 1st Edition, Cambridge University Press, 2009, s. 137; Chantal Meloni, *Command Responsibility in International Criminal Law*, 1st Edition, T. M. C. Asser Press, 2010, s. 148-50; Roberta Arnold, “Article 28: Responsibility of Commanders and Other Superiors”, Otto Triffterer (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: Observers’ Notes, Article by Article*, Hart Publishing, 2007, s. 823; Nerlich, s. 668-669; Slidregt, “the ICTY-Three Generations”, s. 383; Joakim Dungal/Shannon Ghadiri, “The Temporal Scope of Command Responsibility Revisited: Why Commanders Have a Duty to Prevent Crimes Committed After The Cessation of Effective Control”, *University of California Davies Journal of International Law and Policy*, 17(1), 2011, s. 5.

¹⁶² *Prosecutor V. Oric*, In The Trial Chamber II, para: 305.

¹⁶³ *Prosecutor V. Oric*, In The Trial Chamber II, para: 305.

üstlerin sorumluluğunu ortadan kaldırmaz.¹⁶⁴

Üst astın yalnızca fail olduğu suçlar dolayısıyla değil, astın şerik olarak katıldığı suçlar dolayısıyla da sorumlu tutulabilir.¹⁶⁵ Son olarak astın işlediği suçun tamamlanmış olması zorunlu değildir; suç teşebbüs aşamasında kalsa dahi üstün sorumluluğuna gidilebilir.

Mahkeme içtihatları da bu doğrultudadır:

“Üstün astının işlediği suçlardan kaynaklanan cezai sorumluluğu, astın aktif olarak işlediği ya da işlenmesine katıldığı suçlarla sınırlı değildir; üst, astın işlediği ihmali suretiyle icra suçları dolayısıyla da sorumludur”.¹⁶⁶

“Üstün sorumluluğu kurumunun arkasındaki gerekçeye odaklanmak gerekir: bu kurum, üstlere astlarının icrai ya da ihlali davranışlarıyla uluslararası insancıl hukuku ihlal etmemeleri hususunda yükümlülük getirmektedir. Üstün sorumluluğu, astlarının sadece öldürme ve kötü muamele fiillerini engellemekle sınırlanmış olsaydı; uluslararası insancıl hukukun uygulanması hiç istenilmeyecek ölçüde sınırlanmış olurdu; zira bu ihtimalde üst astın doğrudan işlemediği ancak işlenmesine maddi ya da manevi olarak katkıda bulunduğu öldürme ve kötü muamele suçlarını bilerek gözardı edebilirdi”.¹⁶⁷

Astın işlediği suçların üstün sorumluluğuna vücut verebilmesi için işlenen suçun üst ile ast arasındaki hiyerarşik ilişki kapsamında olması gerekir.¹⁶⁸ Örneğin, öldürme fiili, üstün sorumluluğunu gerektirebilecek bir fiil olmakla birlikte ast, eşini öldürmüştü bu fiil dolayısıyla elbette üstün sorumluluğundan söz edilemez.¹⁶⁹

Statü'nün 28. maddesinde yer verilen “*Divan*’ın yargı yetkisine giren suçları işlemesi” şeklindeki ifadede üzerinde durulması gereken bir diğer

¹⁶⁴ *Prosecutor V. Prlic et al*, In Trial Chamber III, para: 239.

¹⁶⁵ Ambos, “Command Responsibility and Organisationsherrschaft”, s. 137; Meloni, *Command Responsibility*, s. 148–50; Arnold, s. 823; Nerlich, s. 668–669; Slidregt, “ICTY-Three Generations”, s. 383; Dungal/ Ghadiri, s. 5.

Sierra Leone Özel Mahkemesi de bu yorumu esas almıştır: Bkz. *Prosecutor V. Charles Ghankay Taylor*, Trial Chamber II, Case No: SCSL-03-01-T, Date: 30.05.2012, para: 492.

¹⁶⁶ *Prosecutor V. Oric*, In The Trial Chamber II, para: 302.

¹⁶⁷ *Prosecutor V. Oric*, In The Trial Chamber II, para: 300.

¹⁶⁸ Mettraux, s. 82.

¹⁶⁹ Mettraux, s. 82.

husus, “suç” kavramından neyi anlamak gerektiğidir. Astın kusursuz olduğu durumlarda, suç oluşmuş kabul edilecek midir? Öğretide, somut olayda bir hukuka uygunluk nedeni varsa üstün sorumluluğundan söz edilemeyeceği, kusuru etkileyen nedenlerin varlığı halinde ise fiilin haksızlık niteliği devam ettiği için koşulları oluşmuşsa üstün sorumluluğuna gidilebileceği ileri sürülmektedir.¹⁷⁰

3. Üstün Yükümlülüklerini Yerine Getirmemiş Olması

Roma Statüsü'nün 28. maddesine göre üstün üç tür yükümlülüğü vardır: (1) suç işlenmesini önlemek, (2) icrasına başlanan suçları bastırmak, (3) sorumluları cezalandırmak ya da sorumluların cezalandırılması için yetkili mercileri bilgilendirmek.

Ceza hukukunda herkes suç teşkil haksızlıklardan kaçınma yükümlülüğü altındadır. Bu yükümlülük, icrai suçlarda “yapmama” (negatif yükümlülük), ihmali suçlarda ise “yapma” (pozitif yükümlülük) şeklindedir.¹⁷¹ Önleme, bastırma ve cezalandırma/bildirme yükümlülükleri aktif bir davranışta bulunmayı gerektirdiği için pozitif nitelikteki yükümlülüklerdir; bu yüzden üstün sorumluluğu, üstün ihmali davranışlarına dayanan bir sorumluluk türüdür.¹⁷²

Ceza hukukunda bazı suçlar salt ihmali davranışla (gerçek ihmali suçlar) işlenebilirken bazı suçlar ise normalde icrai davranışla işlenmekle birlikte ihmali davranışla da işlenebilir (ihmal suretiyle icra suçları/görünüşte ihmali suçlar).¹⁷³ Gerçek ihmali suçlar, ceza kanunun özel kısmında bağımsız olarak düzenlenirken ihmal suretiyle icra suçları ya ceza kanununun özel hükümler kısmında bağımsız birer suç tipi olarak ya da ceza kanunun genel hükümler kısmında genel bir hükme yer verilmek suretiyle düzenlenebilir.¹⁷⁴

Üstün sorumluluğu, gerçek ihmali suç kategorisi içerisinde değerlendirilmelidir; zira bu sorumluluk türü yukarıda da ifade ettiğimiz üzere

¹⁷⁰ Ambos, *Treatise on International Criminal Law*, s. 203; Meloni, *Command Responsibility*, s. 150 vd.

¹⁷¹ Ambos, *Treatise on International Criminal Law*, s. 203; Meloni, *Command Responsibility*, s. 207.

¹⁷² Sliedregt, *Individual Criminal Responsibility*, s. 54; Ambos, *Treatise on International Criminal Law*, s. 186.

¹⁷³ Kai Ambos, “Omissions”, Kai Ambos et al. (Ed.), *Core Concepts of Criminal Law and Criminal Justice (Vol. I)*, Cambridge University Press, 2020, s. 18.

¹⁷⁴ Ambos, “Omissions”, s. 20-21.

üstün önleme, bastırma ve cezalandırma/bildirme yükümlülüklerini ihmal etmesiyle sınırlıdır.¹⁷⁵

Kural olarak, gerçek ihmali suçlar, sırf hareket suçları iken ihmal suretiyle icra suçları neticeli suçlardır.¹⁷⁶ Üstün sorumluluğunda üstün salt ihmali, sorumluluk bakımından yeterli değildir; üstün sorumlu olabilmesinin zorunlu koşulu, ast tarafından *Divan*'nın yargı yetkisi kapsamında yer alan bir suçun işlenmiş olmasıdır. Gerçek ihmali suç kategorisi içerisinde değerlendirilebilecek bir sorumluluk türü olmasına rağmen üstün sorumluluğunun astın işlediği bir suçun (neticenin) varlığını gerektirmesi, üstün sorumluluğu kurumunun kendine özgü özelliklerinden birisidir.¹⁷⁷ Üstün sorumluluğu kurumunun bir başka kendine özgü özelliği, yukarıda detaylı olarak üzerinde durduğumuz üzere, üstün astlarının işlediği icrai suçlardan taksirin eşlik ettiği ihmali davranışıyla sorumlu olmasıdır.¹⁷⁸

Roma Statüsü m. 28'de yer verilen; “müessir kontrol” ve “yetkisi dâhilindeki tüm gerekli ve makul tedbirleri almamış [olmak]” ifadeleri, üstün sorumluluğunun objektif bir sorumluluk türü olmadığını göstermektedir.¹⁷⁹ Bu yüzden suçun üst tarafından önlenememesi, bastırılmaması ya da astların cezalandırılmaması, her durumda sorumluluğu gerektirmemektedir. Üstün bahse konu yükümlülükleri yerine getirebilir durumda olması gerekir.¹⁸⁰ Bu açıdan düzenleme “kusursuz ceza olmaz” ilkesi ile uyumludur. *Tezcan/Erdem/Önok*'a göre, buradaki özenin derecesi “normal bir amirin” göstereceği özen olmalıdır.¹⁸¹ Yazarlara göre düzenlemede “tüm gerekli ve ve makul tedbirler” ifadesiyle daha yüksek bir eşik belirlenmiştir; bu yönüyle düzenleme yerinde

¹⁷⁵ Sliedregt, *Individual Criminal Responsibility*, s. 54; Ambos, *Treatise on International Criminal Law*, s. 186.

¹⁷⁶ Sliedregt, *Individual Criminal Responsibility*, s. 54.

¹⁷⁷ Ambos, *Treatise on International Criminal Law*, s. 206.

¹⁷⁸ Ambos, *Treatise on International Criminal Law*, s. 186; Sliedregt, *Individual Criminal Responsibility*, s. 200; Nerlich, s. 676.

¹⁷⁹ *Prosecutor V. Bagilishema*, In the Trial Chamber I, Case No: ICTR-95-1A-T, Date: 7.06.2001, para. 44 <<https://www.refworld.org/pdfid/48abd5170.pdf>>Erişim Tarihi 21.10.2023.

¹⁸⁰ “Müessir kontrol, esasen önleme bastırma ve cezalandırma/bildirme yükümlülüklerini yerine getirme hususunda maddi yeterliliğe sahip olmayı ifade eder”. *Prosecutor V. Jean-Pierre Bemba Gombo*, Pre-Trial Chamber II, para: 422. “Uluslararası hukuk üste imkânsız yerine getirme yükümlülüğü yükleyemez. Üst yerine getirebileceği yükümlülükleri yerine getirmediğinde sorumlu olabilir”. *Prosecutor V. Delalić et al.*, In The Trial Chamber, para: 394-395.

¹⁸¹ *Tezca/Erdem/Önok*, s. 555.

değildir.¹⁸² Kanaatimizce, ilgili ifadede yer verilen “makul (reasonable)” kelimesi, “normal olan”a karşılık gelmektedir; bu yüzden düzenlemede aranan özen, “normal bir amirin” göstermesi gereken özen olup bundan daha yüksek bir eşik belirlenmemiştir.

Üst açısından yerine getirilebilir yükümlülüklerin neler olduğu, elbette somut olaydan somut olaya ve özellikle de üstün astları üzerindeki etkisinin derecesine göre değişkenlik gösterir.¹⁸³ Üstün yükümlülüklerini ihlal edip etmediğini somut olaya göre değerlendirmek gerekir; üst, somut olayda yükümlülüklerini gerekli emirleri vermemek, düzenli bir şekilde birliğini teftiş etmemek, astlar arasında gerekli görev değişikliklerini yapmamak, kendi üstlerine rapor sunmamak, astlarını uluslararası mevzuat ve hukuki sorumlulukları konusunda bilgilendirmemek ve benzeri birçok şekilde ihlal edilebilir.¹⁸⁴ Ancak bahse konu yükümlülüklerden birini ihlal tek başına sorumluluk bakımından yeterli değildir:

*“Her ne kadar üstün temel yükümlülüklerini [astları teftiş etmek, mevzuat konusunda bilgilendirmek gibi üst paragrafta sayılan genel yükümlülükler kastedilmektedir] yerine getirmemesi, üstün sorumluluğuna ilişkin değerlendirmede dikkate alınacak önemli bir faktör olsa da söz konusu yükümlülükleri ihlal otomatik olarak üstün sorumlu olacağı anlamına gelmez. Aynı durum aksi hal için de geçerlidir; üstün temel yükümlülüklerini yerine getirmesi de tek başına üstün sorumlu olmayacağı anlamına gelmez”.*¹⁸⁵

Üstün önleme, bastırma ve cezalandırma/bildirme yükümlülüklerinden birini yerine getirememesi, sorumlu olamayacağı anlamına gelmez. Örneğin, üst suç işlenmesini önleme ya da bastırma bakımından müessir komuta ya da otoriteye sahip olmayabilir; ancak üstün önleme ve bastırma yükümlülüklerini yerine getirebilecek imkâna sahip olmaması, üstün cezalandırma/bildirme yükümlülüğünün bulunmadığı anlamına gelmez.¹⁸⁶

Önleme, bastırma ve cezalandırma/bildirme yükümlülükleri arasında mantıksal olarak öncelik-sonralık ilişkisi vardır: Önleme yükümlülüğü suç öncesine, bastırma yükümlülüğü suç esnasına, cezalandırma/bildirme

¹⁸² 2 Tezca/Erdem/Önok, s. 555.

¹⁸³ *Prosecutor V. Aleksovski*, In The Trial Chamber, para. 81.

¹⁸⁴ Ambos, *Treatise On International Criminal Law*, s. 211.

¹⁸⁵ *Prosecutor V. Oric*, In The Trial Chamber II, para: 330.

¹⁸⁶ *Prosecutor V. Oric*, In The Trial Chamber II, para: 335.

yükümlülüğü ise suç sonrasına ait yükümlülüklerdir.¹⁸⁷ Üst, suç işlenmesini önlemek için yerine getirilmesi gereken yükümlülüklerini ihmal etmişse icrasına başlanan suçu sonradan bastırma da sorumlu olabilecektir.¹⁸⁸ Aynı şekilde, üst önleme veya bastırma yükümlülüklerini yerine getirmemişse sonradan cezalandırma/bildirme yükümlülüğünü yerine getirse dahi sorumlu olabilecektir.¹⁸⁹ Dolayısıyla düzenleme üste suç işlenmesini önlemek, işlenen suçu bastırmak ya da sorumluları cezalandırmak bakımından seçim yetkisi vermemektedir; bir başka ifadeyle üst, suçun işlenmesine izin verip suç işlendikten sonra sorumluları cezalandırma hakkına sahip değildir.¹⁹⁰

Önceki üst zamanında işlenmiş olan suçlar bakımından cezalandırma veya durumu yetkili mercilere bildirme yükümlülüğü sonradan üst pozisyonuna geçen kimse bakımından da devam eder.¹⁹¹ Bu husus, *Hadžihasanović davasıyla* birlikte tartışma konusu olmuştur. Bu davada, cezalandırma/bildirme yükümlülüğünü ihlal dolayısıyla sorumluluğun ancak suçların işlendiği tarihte üst durumunda olan kimse bakımından geçerli olacağı kabul edilmiştir.¹⁹² *Oric davasında* ise *Hadžihasanović davasındaki* içtihadın “yanlış”, “açıkça eleştiri gerektiren” bir karar olduğu, *Divan*’ın yargı yetkisine giren suçlar işlendikten sonra üst pozisyonuna gelen kişinin de cezalandırma/bildirme yükümlülüğü altında olduğu belirtilmiştir.¹⁹³ Zira, cezalandırma/bildirme yükümlülüğünü

¹⁸⁷ *Prosecutor V. Oric*, In The Trial Chamber II, para: 326.

¹⁸⁸ *Prosecutor V. Jean-Pierre Bemba Gombo*, Pre-Trial Chamber II, para: 436.

¹⁸⁹ Sliedregt, *Individual Criminal Responsibility* s. 199. “Üstün asli yükümlülüğü, suç işlenmesini engellemektir. Cezalandırma yükümlülüğü, suç işlendiği üst tarafından bilinmiyorsa önem arz eder”. *Prosecutor V. Oric*, In The Trial Chamber II, para: 326.

¹⁹⁰ *Prosecutor V. Oric*, In The Trial Chamber II, para: 326.

¹⁹¹ Ambos, “Command Responsibility and Organisationsherrschaft”, s.135.

¹⁹² *Prosecutor V. Hadžihasanović/Kubura*, In The Appeals Chamber, Case No: IT-01-47-AR72, Date:16.06.2003, para: 45 <<https://www.refworld.org/cases,ICTY,48aaefec2.html>> Erişim Tarihi 25.12.2023.

Kararın değerlendirilmesi hakkında bkz. Theodor Meron, “Revival of Customary Humanitarian Law”, *The American Journal of International Law*, 99(4), 2005, s. 824-826.

Mahkeme ile aynı yönde bkz. Sliedregt, *Individual Criminal Responsibility*, s. 192.

¹⁹³ *Prosecutor V. Naser Oric*, In The Appeals Chamber, Case No IT-03-68-A, Date: 3.06.2008, para: 167 vd.

< <https://www.refworld.org/cases,ICTY,48ad3a4d2.html>> Erişim Tarihi 03.11.2023. Detaylı bilgi için bkz. Barrie Sander, “Unravelling the Confusion Concerning Superior Responsibility in the ICTY Jurisprudence”, *Leiden Journal of International Law*, 23(1), 2010, s. 105 vd.

ihlal gelecekte benzer suçları tetikleme tehlikesi taşır.¹⁹⁴

Önleme, bastırma ve cezalandırma/bildirme yükümlülüklerinin sırasıyla suçtan önce, suç sırasında ve suçtan sonra olacak şekilde zamansal olarak birbirlerinden ayrılabilmesi, aynı suç dolayısıyla bu üç yükümlülüğün de üst tarafından ihlalini mümkün kılmaktadır. *Bemba davasında* bu tür bir durumda üstün sorumluluğu hükümlerinin her bir ihmali için ayrıca uygulanacağı belirtilmiştir.¹⁹⁵ Kanaatimizce, bu yaklaşım, cezalandırma/bildirme yükümlülüğünü ihlal bakımından kabul edilebilir. Önleme ve bastırma yükümlülükleri, aynı sorumluluk tipinde seçimlik nitelikte olduğu için *Mahkeme*'nin yaklaşımı *ne bis in idem* (aynı fiil dolayısıyla birden fazla kez sorumlu olmama) kuralı ile bağdaşmamaktadır.

4. Astın Suç İşlemesi ile Üstün Yükümlülüklerini İhlal Etmesi Arasındaki Nedensellik İlişkisi

Roma Statüsü m. 28'de “kontrolü sağlayamaması sonucunda birliklerin Divan'ın yargı yetkisine giren suçları işlemesi halinde” ifadesi yer almaktadır. Bu ifadedeki “sonucunda” kelimesi, üstün sorumluluğu ile astların işlediği suçlar arasındaki nedensellik ilişkisine işaret etmektedir.¹⁹⁶ Düzenleme bu yönüyle, *Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi*'nin *Celebici davasında* esas aldığı, astın işlediği suç ile üstün ihmali arasında nedensel bir bağ kurulmasına gerek olmadığı şeklindeki yaklaşımdan ayrılmıştır.¹⁹⁷

Çağdaş ceza hukukunda, haksızlık ve haksızlık dolayısıyla sorumluluğun en temel koşullarından birisi, davranış ile netice arasında nedensellik ilişkisinin olmasıdır.¹⁹⁸ Ceza hukukunda nedensellik, genel olarak, failin kanuni tipe uygun eylemi ile tipik netice arasındaki doğal ve hukuki bağlantı şeklinde ifade edilebilir. *Davranış olmasaydı neticede olmazdı* yargısına ulaşılabiliyorsa, diğer koşulların da varlığı halinde, sorumluluk faile isnat

¹⁹⁴ Sliedregt, *Individual Criminal Responsibility*, s. 199.

¹⁹⁵ *Prosecutor V. Jean-Pierre Bemba Gombo*, Pre-Trial Chamber II, para: 436.

¹⁹⁶ Nerlich, “*Superior Responsibility*”, s. 678. *Prosecutor V. Jean-Pierre Bemba Gombo*, Pre-Trial Chamber II, para: 423.

¹⁹⁷ “*Nedensellik bağlantısı, geleneksel olarak, uluslararası ceza hukukunda üstün astlarının işlediği suçları önleme ve bastırma yükümlülüklerini ihlal etmesi bakımından sorumluluğun zorunlu bir koşulu olarak kabul edilmemiştir*”. *Prosecutor V. Delalic et all*, In The Trial Chamber, para. 398.

¹⁹⁸ Mettraux, s. 82.

edilebilmektedir.¹⁹⁹ Bu açıklama, icrai suçlar için geçerlidir. Üstün sorumluluğu, üstün önlememe, bastırmama ya da cezalandırmama/bildirmeme şeklindeki ihmali davranışlarından kaynaklanmaktadır. İhmali davranışla netice arasında doğal bir nedensellik yoktur; bu tür davranışlar bakımından nedensellik hipotetiktir.²⁰⁰ İhmali davranışlarla işlenebilen suçlarda nedensellik testi, *fail kendisinden beklenen yükümlülüğü yerine getirseydi netice ortaya çıkmazdı ya da en azından ortaya çıktığı şekilde gerçekleşmezdi* şeklindedir.²⁰¹ Bu testi üstün sorumluluğu kurumuna uygulayacak olursak: *üst yükümlülüklerini yerine getirseydi ast suçun icrasına başlayamayacaktı ya da icrasına başladığı suçu tamamlayamayacaktı* denebilen hallerde üstün ihmali ile astların işledikleri suçlar arasında nedensellik ilişkisi kurulabilmektedir.²⁰² Hangi yükümlülüklerin ihlalinin bu nitelikte olduğu somut olaya göre yapılacak *ex-ante* bir değerlendirmeye belirlenebilir.²⁰³

Bu nedensellik ilişkisi dolayısıyla üstün suç işlenmesini önlemek için gerekli tedbirleri almaması tek başına sorumluluk bakımından yeterli değildir. Üstün sorumluluğu hakkında değerlendirme yapılabilmesi için metodik olarak önce astların bir suçun icrasına başladığının tespit edilmesi gerekir. Dolayısıyla *üst -açıkça ihmal göstermiş olsa dahi-* ast suç işlemedikçe sorumlu tutulamaz; aksi takdirde astlarının suç işlediğini düşünen ve hiç bir önlem almayan üstün henüz astları tarafından suç işlenmemiş olsa da sorumlu tutulması gerekirdi.

Trechsel'e göre Roma Statüsü m. 28, üstleri astları tarafından işlenen suçları önlemediği ya da bastırmadığı için değil, “astlarının işlediği suçları önleme ve bastırma için imkânları ölçüsünde alabileceği tedbirleri almadığı” için sorumlu tutmaktadır.²⁰⁴ Üstün sorumluluğunu astların suç işlemesi tetiklese de sorumluluğun nedeni, üstün kendisinden beklenen tedbirleri almamış olmasıdır. Üst içinde bulunduğu koşullar içerisinde gerekli tedbirleri almış olsaydı dahi astlar suç işlemiş olabilir. Bu durumda üst sorumlu olmamaktadır. O halde astın işlediği suç ile üstün ihmali arasında, *üst gerekli tedbirleri almış olsaydı, suç işlenmesini önlerdi ya da icrasına başlanan suçu*

¹⁹⁹ Treschel, s. 29.

²⁰⁰ Sliedregt, *Individual Criminal Responsibility*, s. 199; Treschel, s. 29-30.

²⁰¹ Ambos, “Omission”, s. 19.

²⁰² Sliedregt, *Individual Criminal Responsibility*, s.199.

²⁰³ Trechsel, s. 30.

²⁰⁴ Trechsel, s. 30.

bastırırdı şeklinde nedensel bir ilişki kurmaya gerek yoktur.²⁰⁵ Kanaatimce, üstün ihmali ile astın işlediği suç arasındaki nedensellik ilişkisi “olsaydı olmazdı” şeklinde katı bir görünümde değildir. Ancak bu, önleme ve bastırma yükümlülükleri bakımından üstün ihmali ile astların işlediği suç arasında hiçbir nedensel bağın olmadığı anlamına da gelmez. Üstün ihmalinin astın işlediği suçta nedensel bir katkısının olması gerekir. *Oric davasında* da ifade edildiği üzere, “üstün ihmali, astın işlediği suçu mümkün kılmalı, en azından kolaylaştırıcıdır.”²⁰⁶

Nedensellik bağıntısında öncelik ve sonralık ilişkisi zorunludur. Her netice öngelen sebeplerin sonucudur. Üstün önleme ve bastırma yükümlülükleri bakımından, gerekli ve makul tedbirlerin alınmamasının astın işlediği suçta nedensel katkısı somut olayda açık bir şekilde ortaya konulabilir. Üstün cezalandırma/bildirme yükümlülüğünün ihlali ise, suç işlendikten sonra gerçekleşmektedir. Cezalandırma/bildirme yükümlülüğü suç işlendikten sonra gündeme geldiği için astın işlediği suçla bu yükümlülük türü arasında nedensellik ilişkisi yoktur:

“işlenmiş suç dolayısıyla sorumluları cezalandırma ya da cezalandırılmaları için durumu yetkili mercilere bildirme yükümlülüğünün ihlalinin geçmişte gerçekleşmiş suçta neden olduğunu ileri sürmek mantık dışıdır”.²⁰⁷

Cezalandırma/bildirme yükümlülüğü bakımından üstün ihmali ve astın eylemi arasındaki öncelik-sonralık ilişkisi yön değiştirmektedir. Astın eylemi üstün ihmali izlememekte, üstün ihmali astın eyleminden sonra gelmektedir. Bu durum, cezalandırma/bildirme yükümlülüğünün ihlalinin kaynaklanan sorumluluğun objektif sorumluluğa yol açıp açmadığı hususunda tereddüte neden olmaktadır.²⁰⁸

Bemba davasında nedensellik bağlantısına ilişkin bu sorunun üç

²⁰⁵ Trechsel, s. 30.

²⁰⁶ Robinson, s. 42. *Prosecutor V. Oric*, In The Trial Chamber II, para: 282.

²⁰⁷ *Prosecutor V. Blaskic*, In The Appeal Chamber, Case No: IT-95-14-A, Date: 29.06.2004, para: 83

< <https://www.icty.org/x/cases/blaskic/acjug/en/> Erişim Tarihi 07.11.2023.

²⁰⁸ *Prosecutor V. Delalic et all*, In The Trial Chamber, para: 396. Carol Fox, “Closing a Loophole in Accountability for War Crimes: Successor Commanders’ Duty to Punish Known Past Offences”, *Case Western Reserve Law Review*, 55(4), 2004, s. 449; Christopher Greenwood, “Command Responsibility and the Hadžihasanović Decision” *Journal of International Criminal Justice*, 2(2), 2004, s. 603-604.

yükümlülük türü bakımından da ortak olan bir yaklaşımla (riskin arttırılması yaklaşımı) çözümlenmesi yoluna gidilmiştir. Bu davada *Divan*, Yugoslavya ve Ruanda mahkemelerinin bazı kararlarında nedensellik bağlantısını bir unsur olarak kabul etmemesinin bu mahkemelerin statülerinde nedensellik bağlantısı ile ilgili açık bir hükmün yer almamasından kaynaklandığını²⁰⁹, *Roma Statüsü*'nün 28. maddesinde “sonucunda” ifadesine yer verilmek suretiyle bu sorunun çözümlendiğini ve bu yüzden nedensellik bağlantısını bir unsur olarak kabul etmenin zorunlu olduğunu²¹⁰, üstün sorumluluğunun ihmalî bir sorumluluk türü olduğunu²¹¹, bastırma ve cezalandırma/bildirmeme yükümlülüklerinin suç işlenmeye başlandıktan sonra söz konusu olabileceğini dolayısıyla üstün sorumluluğunda nedensellik bağlantısının ‘olmasaydı olmazdı’ testiyle belirlenemeyeceğini²¹², düzenlemede yer verilen üç yükümlülüğün ortak noktasının ihlal edilmeleri halinde astların suç işleme riskini arttırmaları olduğunu²¹³ belirtmiştir. *Ambos*'a göre riskin arttırılması yaklaşımı, nedensellik sorununu üç yükümlülük türü bakımından da çözümlenebilecek nitelikte bir mantıksal tutarlılığa sahiptir.²¹⁴ Ancak, *Ambos*, *Divan*'ın üstün sorumluluğunda “olmasaydı olmazdı” testinin uygulanamayacağı şeklindeki görüşüne katılmamaktadır. *Ambos*'a göre “risk yaratılmasaydı suç işlenemezdi” önermesi, “olmasaydı olmazdı” önermesi ile bağdaşabilmektedir.²¹⁵ *Bemba* davasındaki yaklaşım, *Roma Statüsü* m. 28'de yer verilen önleme, bastırma ve cezalandırma/bildirme şeklindeki üç yükümlülüğü tek bir yükümlülüğe (önleme) indirmediği başka bir ifadeyle *Roma Statüsü*'nün lafzıyla uyumlu olmadığı gerekçesiyle, yerinde olarak, eleştirilmektedir.²¹⁶

²⁰⁹ *Prosecutor V. Jean-Pierre Bemba Gombo*, Pre-Trial Chamber II, Para: 423.

²¹⁰ *Prosecutor V. Jean-Pierre Bemba Gombo*, Pre-Trial Chamber II, para: 423.

²¹¹ *Prosecutor V. Jean-Pierre Bemba Gombo*, Pre-Trial Chamber II, para: 425.

²¹² *Prosecutor V. Jean-Pierre Bemba Gombo*, Pre-Trial Chamber II, para: 425.

²¹³ *Prosecutor V. Jean-Pierre Bemba Gombo*, Pre-Trial Chamber II, para: 425.

²¹⁴ Kai Ambos, “Critical Issues in the Bemba Confirmation Decision” *Leiden Journal of International Law*, 22(4), 2009, s. 721-722.

²¹⁵ Ambos, “Critical Issues”, s. 722.

²¹⁶ Miles Jackson, “Causation and the Legal Character of Command Responsibility after Bemba at the International Criminal Court”, *Journal of International Criminal Justice*, 20(2), 2022, s. 446; Erasmus Mayr, “International Criminal Law, Causation, and Responsibility”, *International Criminal Law Review*, 4-5, 2014, s. 856.

SONUÇ

Roma Statüsü'nün üstün sorumluluğunu düzenleyen 28. maddesinde, uluslararası toplumun beklentilerini karşılama ve tekrar suç işlenmesini önleme amacı ile *kusursuz ceza olmaz ve ceza kusuru aşamaz* prensipleriyle karakterize olan *kusur ilkesi* bağdaştırılmaya çalışılmıştır. Ancak bu iki amacı bağdaştırma arzusu, kanaatimizce, *Roma Statüsü* m. 28'in birçok bakımdan sorunlu olmasına neden olmuştur.

Üstün sorumlu olabilmesi için astlarının suç işlemesi gerekir. Başkasının işlediği suçlar dolayısıyla sorumluluk, kural olarak, *Roma Statüsü*'nün 25. maddesinde düzenlenen suça iştirak kurumu ile mümkün olmaktadır. Suça iştirakte suç ortakları suça kasıtlı nedensel katkıları dolayısıyla sorumlu olmaktadır; bu yüzden suça iştirakte sorumluluk, kusur ilkesi ile uyumludur. Suça iştirak kurumunun mevcudiyetine rağmen üstün sorumluluğu kurumuna ihtiyaç duyulmasının nedeni, önleme amacına yönelik faydacı düşüncelerdir. Suça iştirak, bireysel cezalandırılma alanını genişleten bir kurumdur; üstün sorumluluğu kurumu suça iştirak kurumunun genişlettiği cezalandırılabilirlik alanını daha da genişletmektedir.

Üstün sorumluluğu kurumu ile suça iştirak kurumu başkasının işlediği suçlardan kaynaklanan sorumluluk kategorileri oldukları için aralarındaki ilişki tartışmalıdır. Bir görüşe göre üstün sorumluluğu suça iştirakin özel bir görünüş şekli iken bir başka görüşe göre iştiraktan bağımsız bir sorumluluk kategorisidir. Bu tartışmada biz üstün sorumluluğu kurumunu suça iştirak kurumunu tamamlayan tali nitelikte bir kurum olarak niteleyen görüşe katılıyoruz. İki kurum arasında birçok bakımdan fark vardır. Suça iştirakin manevi unsuru kasttır. Üstün sorumluluğunda koşulları oluşmuşsa üst taksirli davranışlarıyla da sorumlu olabilmektedir. Suça iştirak suç tamamlanıncaya kadar mümkündür. Üstün sorumluluğunda cezalandırma/bildirme yükümlülüğünü ihlal dolayısıyla sorumluluk astların suçu tamamlamasından sonra söz konusu olmaktadır. Ayrıca suça iştirakte suça katılanlar aynı hiyerarşide yer alabilirler. Üstün sorumluluğunda ise dikey bir ilişkinin varlığı zorunludur.

Üstün sorumluluğu kurumunun hukuki niteliğine ilişkin bu tartışmanın bir başka boyutu, üstün astın işlediği suçtan sorumlu olup olmadığı hususuna ilişkindir. Türk öğretisinde üstün sorumluluğunun astın işlediği suçlardan tamamen bağımsız olduğunu (*doğrudan sorumluluk*) ileri süren yazarlar olduğu gibi, üstün astlarının işlediği suçlardan kendi ihmali dolayısıyla

sorumlu olması gerektiğini (*dolayısıyla sorumluluk*) ileri süren yazarlar da vardır. Biz, bu görüşlerden farklı olarak bütünsel bir değerlendirme yapmak yerine faillik statülerine ve yükümlülük türlerine göre ayrı ayrı değerlendirme yapılması gerektiğini düşünüyoruz. Üst, önleme ve bastırma yükümlülüğünü kasten yerine getirmiyorsa suça iştirak hükümlerine göre sorumlu olur; bu ihtimalde *Statü*'nün 28. maddesindeki koşulların gerçekleşmesi cezayı arttıran bir neden olarak göz önüne alınabilir. Önleme ve bastırma yükümlülüklerinin taksirle ihlali sivil üstler dışındaki üstler bakımından sorumluluğu gerektirir. Sivil üstler ancak kasıtları varsa sorumlu olabilirler. Cezalandırma/bildirmeme yükümlülüğü geçmişteki suçlarla ilgili olduğundan ve geçmişteki suçlarla bu yükümlülüğün ihlali arasında bir nedensellik ilişkisi olmağundan cezalandırma/bildirme yükümlülüğünü ihlal ile astın işlediği suç arasında objektif ve sübjektif bir bağlantı yoktur; daha açık bir ifadeyle cezalandırma/bildirme yükümlülüğünü ihlal, bağımsız bir sorumluluk kategorisidir. Önleme ve bastırma yükümlülüklerinde ise üst, astlarının suç işlediğini bilebileceğinden (sübjektif bağlantı) ve bu suçların icrasını engelleyebileceğinden (objektif bağlantı) bahisle sorumlu olmaktadır. Sonuç olarak bize göre üstün sorumluluğu, önleme ve bastırma yükümlülükleri bakımından *dolayısıyla*, cezalandırma/bildirme yükümlülüğü bakımından ise *doğrudandır*.

Cezalandırma/bildirme yükümlülüğü ile astların işledikleri suçlar arasında nedensellik bağlantısı olmadığı için cezalandırma/bildirme yükümlülüğünü ihlalden kaynaklanan sorumluluğun önleme ve bastırma yükümlülüklerini ihlalden kaynaklanan sorumluluk ile birarada düzenlenmesi isabetli olmamıştır. Bu üç yükümlülük türünün bir arada düzenlenmesi ve düzenlemede “sonucunda” ifadesine yer verilmesi, düzenlenmenin yorumunda soruna yol açmaktadır. Düzenlemenin lafzı üç yükümlülük türünü kapsadığı için *Bemba davasında Divan, riskin arttırılması* kavramını kullanarak üç yükümlülük türü için de geçerli bir nedensellik konsepti inşa etmeye çalışmıştır. Ancak öğretilerde bazı yazarların da haklı olarak ifade ettiği üzere, *Divan*'ın nedensellik bağlantısı konusunda *Roma Statüsü* m.28'in lafzıyla uyumlu bir yorum yapma çabası, bir başka açıdan düzenlemenin lafzıyla çelişkiye neden olmaktadır. *Riskin arttırılması* kavramı henüz işlenmemiş ya da en azından tamamlanmamış suçları kapsayabilecek nitelikte bir kavram olduğu için geçmişte işlenmiş suçlardan kaynaklanan sorumluluğu temellendirememektedir. *Roma Statüsü* m. 28'in lafzından cezalandırma/bildirme yükümlülüğünün tamamlanmış suçlarla ilgili olduğu anlaşılmaktadır. *Riskin arttırılması* kavramı, üç yükümlülük türü bakımından ortak bir nedensellik konsepti inşa ederken esasen bu üç yükümlülük türünü

önleme yükümlülüğü şeklinde tek bir yükümlülük türüne indirgemektedir. Bu durum bastırma yükümlülüğü bakımından kavramsal olarak bir soruna yol açmamaktadır. Zira bastırma yükümlülüğünün yerine getirilmesi suçun tamamlanmasını *önleme* işlevini haizdir. Cezalandırma/bildirme yükümlülüğü ise haksızlık artık tamamlandığı ve tamamlanmış haksızlığı önlemek mümkün olmadığı için *önleme* kavramına indirgenemez. İndirgenirse cezalandırma/bildirme yükümlülüğü ihlal, sadece gelecekte işlenecek suçlar bakımından sorumluluğa yol açabilir; çünkü *olan* önlenemez, *olacak olan* önlenemez. Bu yorum ise *Statü*'nün 28. maddesinin kafzı ile uyumlu olmadığı gibi gelecekte suç işlenmesinin beklenmediği durumlarda (örneğin, savaşın sona ermesi) tamamlanmış suçlar bakımından cezalandırma/bildirme yükümlülüğünü kasten yerine getirmeyen üstün cezalandırılmamasına, başka bir ifadeyle, cezalandırma boşluklarına neden olabilir.

Roma Statüsü m. 28'e göre askeri üstler ve fiilen askeri üst gibi hareket eden üstler, taksirli davranışlarıyla sorumlu olabilmektedir. Salt ihmali davranışlarla ihlal edilebilir olan yükümlülüklerde sorumluluğun manevi unsuru, kural olarak, kasıttır. *Roma Statüsü* m. 28'de sivil üstler dışındaki üstlerin salt ihmali nitelikteki taksirli davranışlarıyla sorumlu olacakları kabul edilmek suretiyle bu kurala istisna getirilmiştir. Türk öğretisinde üstün sorumluluğu kurumunu görünüşte ihmali bir suç kategorisi olarak kabul edilen bir görüş mevcut olsa da *Roma Statüsü* m. 28'de yer verilen yükümlülükler pasif davranışla ihlal edilebilir olduğundan bu görüşe katılmıyoruz.

Kanaatimizce, düzenlemede taksirli sorumluluğa yer verilmesinin nedeni, yukarıda ifade ettiğimiz üzere, uluslararası toplumun beklentilerini karşılama ve suç işlenmesini önleme şeklindeki faydacı mülahazalardır. Taksirli sorumluluğuna yer verilmek suretiyle üstlerin hesap vermeleri kolaylaştırılmış, üstler daha özenli olmaya sevk edilmiştir. *Roma Statüsü* m. 28'de askeri üstler ve fiilen askeri üstler gibi hareket eden üstler bakımından kabul edilen taksirli sorumluluk esası, bu iki grup dışında kalan sivil üstler bakımından kabul edilmemiştir. Türk öğretisinde *Roma Statüsü* m. 28'de yer verilen "bilerek görmezden gelme" ifadesinden hareketle sivil üstlerin bilinçli taksirleri dolayısıyla sorumlu olabilecekleri ileri sürülse de bilinçli taksir, *öngörme* ve *istememe* unsurlarından oluştuğu, "bilerek görmezden gelme"de ise *kabullenme* söz konusu olduğu için bu görüşe katılmıyoruz.

Askeri ve askeri üstlerin taksirleri dolayısıyla sorumlu olmalarına ilişkin uluslararası toplumun beklentilerini karşılama ve suç işlenmesini önleme şeklindeki faydacı mülahazalar, kanaatimizce, astları üzerinde etkin otorite ve kontrole sahip olan sivil üstler için de geçerlidir. Bu yüzden -her ne kadar sivil

üstlerle askeri üstlere ilişkin hiyerarşik yapılar arasında nitelik farkı olsa da düzenlemede sivil üstlerin de taksirli sorumluluğuna yer verilmesi gerekirdi. *Roma Statüsü* m. 28’de, sivil üstler bakımından, üstün astları üzerinde müessir otorite ve kontrole sahip olma koşuluna, üstün astların işledikleri suçlarla ilgili olan faaliyetler üzerinde de müessir otorite ve kontrole sahip olması koşulu eklenmiştir. Sivil üstler dışındaki üstlerin sorumluluğu bakımından bu ilave koşula yer verilmemiştir. Sivil üstlerle askeri üstlere ilişkin hiyerarşik yapılar arasındaki nitelik farkı, *Roma Statüsü* m. 28’de bu şekilde dikkate alınmıştır. Askeri üstlerin yükümlülüklerini özensizlikleri nedeniyle yerine getirmemeleri astların suç işleme tehlikesini ne kadar arttırıyorsa, astları ve astlarının işledikleri suçlarla ilgili olan faaliyetler üzerinde müessir otorite ve kontrole sahip olan sivil üstlerin özensizlikleri nedeniyle yükümlülüklerini yerine getirmemesi de astların suç işleme veya icrasına başladıkları suçları tamamlama tehlikesini o ölçüde arttırmaktadır. Bu tehlike dolayısıyla askeri üstlerin taksirli sorumluluğu kabul edildiğine göre yine bu tehlike dolayısıyla sivil üstlerin de taksirli sorumluluğu kabul edilmelidir.

Roma Statüsü m. 28 ile ilgili olan bir başka sorun, *kanunilik ilkesi* ile ilgilidir. *Roma Statüsü* m. 22’de *suçta kanunilik*, m. 23’te ise *cezada kanunilik* ilkesine yer verilmiştir. *Statü*’de cezalara ilgili suç tiplerinin tanımında değil, bağımsız ve ortak bir düzenleme olan m. 77’de yer verilmiştir. İlgili düzenlemeye göre *Statü*’de yer alan tüm suçlar bakımından verilebilecek cezalar, mübbet hapis cezası, 30 yıla kadar süreli hapis cezası ve para cezasıdır. Hangi fiil dolayısıyla hangi cezaya hükmedileceği açık değildir. *Statü*’nün üstün sorumluluğunu düzenleyen 28. maddesinde üstün sorumluluğunun nasıl belirleneceğine ilişkin bir hükme yer verilmediği gibi, *Statü*’nün cezaları düzenlediği 77. maddesinde de üstün sorumluluğu ile ilgili bir hükme yer verilmemiştir. Mahkeme kararlarında, üstün cezai sorumluluğu belirlenirken, astın işlediği suçların ve üstün ihmalinin ağırlığı dikkate alınarak ceza miktarı tayin edilmektedir. *Kanunilik* ilkesi gereği, astın işlediği suçta gönderme yaparak belli oranlarda indirim öngören bir hükme madde metninde yer verilmesi gerekirdi.

KAYNAKÇA

- Aksar Y, "The Concept of Command Responsibility? Superior or 'Objective' Responsibility' in International Humanitarian Law: The Practice of the ICTY and the ICTR and Their Possible Impact on the ICC", *Turkish Review of Balkan Studies*, 17, 2006, s. 5-26.
- Alpkaya G, *Eski Yugoslavya için Uluslararası Ceza Mahkemesi*, 1. Baskı, Turhan Kitabevi, 2002.
- Ambos K, "Command Responsibility and Organisationsherrschaft: Ways of Attributing International Crimes to The 'Most Responsible'", Andre Nollkaemper (ed.), *Sistem Criminality in International Law*, 1st Edition, Cambridge University Press, 2009, s. 127-157.
- Ambos K, "Critical Issues in the Bemba Confirmation Decision" *Leiden Journal of International Law*, 22(4), 2009, s. 715-726.
- Ambos K, "Joint Criminal Enterprise and Command Responsibility", *Journal of International Criminal Justice*, 5(1), 2007, s. 159-183.
- Ambos K, "Omissions", Kai Ambos et al. (ed.), *Core Concepts of Criminal law and Criminal Justice (Vol. I)*, Cambridge University Press, 2020, s. 17-53.
- Ambos K, *Treatise on International Criminal Law (Volume 1: Foundations and General Part)*, Oxford University Press, 2013.
- Arnold R, "Article 28: Responsibility of Commanders and Other Superiors", Otto Triffterer (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: Observers' Notes, Article by Article*, Hart Publishing, 2007.
- Bantekas I, "The Contemporary Law of Superior Responsibility", *The American Journal of International Law*, 93(3), 1999, s. 573-595.
- Both C M/ Partsch K J/Solf W, *New Rules for Victims of Armed Conflicts: Commentary on the Two 1977 Protocols Additional to the Geneva Conventions of 1949*, 1st Edition, Martinus Nijhoff Publishers, 1982.
- Bozkurt G S, "Tito Sonrası Dönemde Eski Yugoslavya Bölgesindeki Türkler ve Müslümanlar", *Türk Dünyası İncelemeleri Dergisi/Journal of Turkish World Studies*, 10(2), 2010, s. 51-95.

- Cassese A/Gaeta P/Baig L/Fan M/Gosnell C/Whiting A, *Cassese's International Criminal Law*, 3rd Edition, Oxford University Press, 2013.
- Cassese A/Röling B R A, *The Tokyo Trial and Beyond: Reflections of a Peacemonger*, 1st Edition, Polity Press, 1993.
- Cho S Y, “The Tokyo War Crimes Trial”, *The Quarterly Journal of the Library of Congress*, 24(4), 1967, s. 309-318.
- Cryer R/Friman H/Robinson D/Wilmshurst E, *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, 3th Edition, Cambridge University Press, 2014.
- Çınar M F, *Uluslararası Ceza Mahkemelerinin Gelişimi Işığında Uluslararası Ceza Divanı*, 1. Baskı, Kazancı Hukuk Yayımevi, 2004.
- Değirmenci O, “Uluslararası Ceza Hukukunda Komuta Sorumluluğu İlkesi”, *Ceza Hukuku Dergisi*, 3(8), 2008, s. 57-103.
- Değirmenci O/ Mavuş A, *Uluslararası Ceza Hukukunda Saldırı Suçu*, 1. Baskı, Seçkin, 2016.
- Demiralp O, “Uluslararası İnsancıl Hukuk: Kökenleri ve Gelişimi”, *Uluslararası Suçlar ve Tarih/International Crimes and History*, 22, (2021), s. 21-28.
- Dungel J/Ghadiri S, “The Temporal Scope of Command Responsibility Revisited: Why Commanders Have a Duty to Prevent Crimes Committed After The Cessation of Effective Control”, *University of California Davies Journal of International Law and Policy*, 17(1), 2011, s. 1-40.
- Fenrick W J, “Article 28—Responsibility of Commanders and Other Superiors”, Otto Triffterer (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, 1st Edition, Baden-Baden, 1999.
- Fox C, “Closing a Loophole in Accountability for War Crimes: Successor Commanders’ Duty to Punish Known Past Offences”, *Case Western Reserve Law Review*, 55(4), 2004, s. 443-500.
- Green L C, “War Crimes, Crimes against Humanity and Command Responsibility”, *Naval War College Review*, 50(2), 1997, s. 26-68.
- Greenwood C, “Command Responsibility and the Hadžihasanović Decision” *Journal of International Criminal Justice*, 2(2), 2004, s. 598-605.

- Hart F A, “Yamashita, Nuremberg and Vietnam: Command Responsibility Reappraised”, Richard B. Lillich/John Norton Moore (ed.), *International Law Studies*, Naval Law College Press, 1980, s. 397-414.
- Jackson M, “Causation and the Legal Character of Command Responsibility after *Bemba* at the International Criminal Court”, *Journal of International Criminal Justice*, 20(2), 2022, s. 437-458.
- Kaplan, F H, “Ruanda ve Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemeleri Kararlarında Soykırım Suçu”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, Sayı 3, 2013, s. 106-129.
- Kelsen H, “Will the Judgment in the Nuremberg Trial Constitute a Precedent in International Law?”, *The International Law Quarterly*, 1 (2), 1947, s. 153-171.
- Koca M/Üzülmez İ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 16. Baskı, Seçkin, 2023.
- Lippman M, “The Evolution and Scope of Command Responsibility”, *Leiden Journal of International Law*, 13(1), 2000, s. 139-170.
- Martinez J S, “Understanding Mens Rea in Command Responsibility: From Yamashita to Blaskic and Beyond”, *Journal of International Criminal Justice*, 5(3), 2007, s. 638-664.
- Mayr E, “International Criminal Law, Causation, and Responsibility”, *International Criminal Law Review*, 4-5, 2014, s. 855-873.
- McCoubrey H, “From Nuremberg to Rome: Restoring the Defence of Superior Orders”, *The International and Comparative Law Quarterly*, 50(2), 2001, s. 386-394.
- Meloni C, “Command Responsibility: Mode of Liability for the Crimes of Subordinates or Separate Offence of the Superior?”, *Journal of International Criminal Justice*, 5(3), 2007, s. 619-637.
- Meloni C, “The Evolution of Command Responsibility in International Criminal Law”, Morten Bergsmo et al. (ed.), *Historical Origins of International Criminal Law: Volume 3*, Torkel Opsahl Academic EPublisher, 2014, s. 683-714.
- Meloni C, *Command Responsibility in International Criminal Law*, 1st Edition,

T.M.C. Asser Press, 2010.

Meron T, “Revival of Customary Humanitarian Law”, *The American Journal of International Law*, 99(4), 2005, s. 814-837.

Mettraux G, *The Law of Command Responsibility*, 1st Edition, Oxford University Press 2009.

Nerlich V, “Superior Responsibility under Article 28 ICC Statute: For What Exactly is the Superior Held Responsible?”, *Journal of International Criminal Justice*, 5(3), 2007, s. 665-682.

Nybondas M L, *Command Responsibility and Its Applicability to Civilian Superiors*, 1st Edition, T.M.C. Asser Press, 2010.

Osiel M, “The Banality of Good: Aligning Incentives against Mass Atrocity”, *Columbia Law Review*, 105(6), 2005, s. 1751-1862.

Önok R M, “Silahlı Çatışmalar Hukukunda Üstün Sorumluluğu Doktrini”, *Uluslararası Hukuk ve Politika*, 1(3), 2005, s. 93-126.

Özgenç İ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 19. Baskı, Seçkin, 2023.

Parks W H, “Command Responsibility for War Crimes”, *Military Law Review*, 62(1), 1973.

Prévost A M, “Race and War Crimes: The 1945 War Crimes Trial of General Tomoyuki Yamashita”, *Human Rights Quarterly*, 14(3), 1992, s. 303-338.

Robinson D, “How Command Responsibility Got So Complicated: A Culpability Contradiction, its Obfuscation, and a Simple Solution”, *Melbourne Journal of International Law*, 13(1), 2012, s. 1-58.

Robinson D, “The Identity Crisis of International Criminal Law”, *Leiden Journal of International Law*, 21(4), 2008, s. 925-963.

Roling B V A/Ruter C F, *The Tokyo Judgment, The International Military Tribunal for the Far East: 29 April 1946-12 November 1948 (Vol I-II)*, 1st Edition, APA-University Press 1977.

Ronen Y, “Superior Responsibility of Civilians for International Crimes Committed in Civilian Settings”, *Vanderbilt Law Review*, 43(2), 2010, 313-356.

- Sander B, “Unravelling the Confusion Concerning Superior Responsibility in the ICTY Jurisprudence”, *Leiden Journal of International Law*, 23(1), 2010, s. 105-135.
- Schabas W A, “Canadian Implementing Legislation for the Rome Statute”, Horst Fischer (ed.), *Yearbook of International Humanitarian Law: Volume 3*, T.M.C. Asser Press, 2000, s. 337-346.
- Schabas W A, *The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute*, 1st Edition, Oxford University Press, 2010.
- Sliedregt E V, “Command Responsibility at the ICTY-Three Generations of Case Law and Still Ambiguity”, Bert Swart et al. (ed.), *The Legacy of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*, Oxford University Press, 2011, s. 377-400.
- Sliedregt E V, *Individual Criminal Responsibility in International Law*, 1st Edition, Oxford University Press, 2012.
- Tezcan D/Erdem M R/Önok R M, *Uluslararası Ceza Hukuku*, 7. Baskı, Seçkin, 2023.
- Trechsel S, “Command Responsibility as a Separate Offense”, *Publicist*, 3(1), 2009, s. 26-35.
- Triffterer O/Ambos K, *The Rome Statute of the International Criminal Court a Commentary*, 3th Edition, C.H. Beck, 2015.
- Vark R, “Superior Responsibility”, *Estonian National Defence College Proceedings*, 15, 2012, s. 143-161.
- Verseveld A V, *Mistake of Law Excusing Perpetrators of International Crimes*, 1st Edition, T.M.C. Asser Press, 2012.
- Williamson J A, “Some Considerations on Command Responsibility and Criminal Liability”, *International Review of the Red Cross*, 90(870), 2008, s. 303-317.
- Yılmaz E M, *Uluslararası Hukukta Saldırı Suçu*, Genelkurmay Basımevi, 2011.
- Zahar A, “Command Responsibility of Civilian Superiors for Genocide”, *Leiden Journal of International Law*, 14 (3), 2001, s. 591-616.

Hukuk Fakültesi Dergisi

Ankara Hacı Bayram Veli University
Faculty of Law Review

ISSN: 2651-4141 e-ISSN: 2667-4068
Cilt/Volume XXVIII Temmuz/July 2024 Sayı/No. 3

ULUSLARARASI HUKUKTA ETNİK TEMİZLİK KAVRAMI ÇERÇEVESİNDE 1989'DA BULGARİSTAN'DAN TÜRKİYE'YE ZORUNLU GÖÇ

FORCED MIGRATION FROM BULGARIA TO TÜRKİYE IN 1989 WITHIN
THE FRAMEWORK OF THE CONCEPT OF ETHNIC CLEANSING IN
INTERNATIONAL LAW

Gülsüm KAYA*  

ÖZET

Yugoslavya Sosyalist Federal Cumhuriyeti'nin dağılması sürecinde, etnik temizlik sıklıkla duyulan bir kavram haline gelmiştir. Bu dağılma, Eski Yugoslavya'nın federe devletleri arasında gerilime ve yeni devletlerin ortaya çıkmasına sebep olmuştur. Yeni devletlerin ortaya çıkışı bağlamında etnik temizlik, belli bir devlet ülkesi üzerinde etnik homojenliği sağlamaya yönelik bir uygulama olarak kullanılmıştır. Buna uygun olarak etnik temizlik genel hatlarıyla amacı çerçevesinde tanımlanmış ve bu amaca yönelik filler uygulamada şekillenmiştir. Uluslararası mahkemeler etnik temizliğin uluslararası hukuktaki yerini tayin etmeye, onu tanımlamaya çalışmışlar ve bunu uluslararası hukukun, özellikle soykırım gibi, mevcut kavramlarıyla kıyaslamak suretiyle yapmışlardır. Uluslararası mahkemelerin, uluslararası hukuk doktrininin ve uluslararası örgütlerin girişimleri olsa da etnik temizliğin henüz üzerinde uzlaşmış bir tanımı bulunmamaktadır. Bu çalışmada ilk olarak genel hatlarıyla etnik temizliğin niteliği değerlendirilmeye çalışılacaktır. Uluslararası hukuka aykırı hangi eylemlerin etnik temizlik kapsamında olabileceği değerlendirilecektir. Böylece hangi tür uluslararası hukuk kurallarının ihlalinin etnik temizlikle hedeflenen etnik olarak homojen ülke tesis etme sonucunu ortaya çıkarabileceği aydınlatılmaya

* Dr. Öğr. Üyesi, Bursa Uludağ Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı/BURSA, E-Posta: kaya.gulsum@gmail.com, ORCID: 0000-0003-3901-0540, DOI: 10.34246/ahbvuhfd.1406067.

- Atıf Şekli/ *Cite As*: Kaya G, "Uluslararası Hukukta Etnik Temizlik Kavramı Çerçevesinde 1989'da Bulgaristan'dan Türkiye'ye Zorunlu Göç", *AHBVÜ Hukuk Fakültesi Dergisi*, 28(3), 2024, s.263-314.
- İntihal / *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.*



çalışılacaktır. Bulgaristan hükümetleri Türk ve Müslüman nüfusa karşı, zaman zaman Türkiye'ye göçle nihayete eren, ayrımcı politikalar yürütmüşlerdir. Çalışmanın ikinci kısmında etnik temizlik Bulgaristan'dan Türkiye'ye 1989'da gerçekleşen zorunlu göç çerçevesinde tartışılacak, Bulgaristan hükümetinin bu eylemlerinin uluslararası hukuktaki etnik temizlik kapsamında yer alıp almadığı tespit edilmeye çalışılacaktır.

Anahtar Kelimeler: *Etnik temizlik, soykırım, insanlığa karşı suç, insancıl ve insan hakları hukuku ihlalleri, 1989 zorunlu göçü.*

ABSTRACT

In the breakup of the Socialist Federal Republic of Yugoslavia, ethnic cleansing had become an often-heard notion. The breakup had caused tensions between federates of the Former Yugoslavia and created new states. In the context of the emergence of these new born states ethnic cleansing used as a practice to ensure ethnic homogeneity within a certain state territory. Accordingly, ethnic cleansing had mainly described by its purpose and the acts directed to this purpose had constructed in the practice. International tribunals endeavored to posit and describe ethnic cleansing in international law and compare the notion with the established international law concepts like genocide especially. Despite the attempts of tribunals, academics or international organizations, it must be mentioned, ethnic cleansing does not have a widely accepted definition yet. In this paper our first intention is to analyze the characteristics of ethnic cleansing in international law. By evaluating which actions contrary to international law may lie within the scope of ethnic cleansing, it will be tried to elucidate which types of violations of international law norms can lead to this result. Discriminatory policies carried out by the Bulgarian governments against the Turkish and Muslim population ultimately brought migration to Türkiye from time to time. In the second part of this paper, ethnic cleansing will be discussed within the frame of the 1989 forced migration from Bulgaria to Türkiye. The study will attempt to find out whether these acts of the Bulgarian government covered by the description of the ethnic cleansing in international law.

Keywords: *Ethnic cleansing, genocide, crime against humanity, violations of humanitarian and human rights law, 1989 forced migration.*

EXTENDED ABSTRACT

Despite ethnic cleansing has been committed for ages, it started to be used as a term in 1980s however sources of international law do not include the definition of it yet. This may be caused by several reasons because it is related to the elements of states, it is mainly a programme applied for political aims and it is usually used in relation with the concept of genocide. Even though the concept occasionally used in academic studies and judgments, some approaches does not accept ethnic cleansing as merely a legal concept.

Owing to the fact that ethnic cleansing is usually regarded with the concept of

genocide, the relation between these two needs to be illuminated. Firstly, definition of genocide has reached a consensus, which is considerably similar in different international law texts. Genocide definitions after the Genocide Convention drafted in accordance with or inspired from it. On the other hand, genocide has been acknowledged as an international crime since 1948. In consideration of ethnic cleansing some descriptive analogies could be done and the concept, in its narrow sense, has been accepted tantamount to forced displacement. In the UN documents ethnic cleansing and genocide sometimes had used together and ethnic cleansing has referred as “abhorrent policy of ethnic cleansing, which is a form of genocide”. In academic studies and international judgments there are divergent arguments about their connection. According to Schabas, genocide intends physical destruction of the targeted group but ethnic cleansing aims displacing the targeted group and because of this difference in their ultimate intentions coexistence of these two concepts is incoherent. However, ICTY in Brđanin Case had confirmed that these two concepts can coexist. As forced displacement can be classified one of the acts of genocide, genocide and ethnic cleansing could have a connection if ethnic cleansing has been accepted tantamount to forced displacement.

Ethnic cleansing intends to homogenize a territory by displacing “undesirable population” on the other hand genocide targets a religious, national, racial or ethnical group’s physical destruction. Ultimately ethnic cleansing and genocide have separate aims, but they may use similar means. But if the material elements stated in the Rome Statute or Genocide Convention has committed with the intent to destroy a religious, racial, national or ethnical group in whole or in part, constitutes the international crime of genocide. Besides, ethnic cleansing can include violations of both international humanitarian law and international human rights law. Violations of these two do not comprised of violation of international criminal law by definition. As a matter of fact, it can be said that ethnic cleansing includes international law violations both criminal, humanitarian and human rights law. Consequently, ethnic cleansing can be understood as a comprehensive concept which aims homogenizing a specific territory both with crimes and other illegal methods which can expose various levels of violence.

In the final part of this paper national revival process applied by Bulgarian authorities reviewed in terms of ethnic cleansing. National revival process had mainly deprived the Turkish Muslim society in Bulgaria from their religious rights, prevented mother tongue-based education and usage of Turkish mother tongue in public. Persons who refuse to comply with these discriminative government policies had arrested and imprisoned. During the 1980s, also the national revival process, Bulgarian government was under international obligations deriving from international human rights treaties which are International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights and International Covenant on Civil and Political Rights. According to these texts Bulgaria has the obligation to secure both individual rights (such as freedom of

thought, conscience and religion, personal liberty and security) and collective (ICCPR article 27) rights. As a government policy national revival process had systematically violated the rights of Turkish Muslims in Bulgaria in consequence members of Turkish Muslim population had fled to Türkiye. In 2012 Bulgarian Parliament accepted the government policies which had applied to Turkish Muslim population in the national revival process as ethnic cleansing. If the migration as a consequence of the national revival process taken into consideration, it can be accepted as ethnic cleansing in the concept's broad meaning.

GİRİŞ

Tarihte birçok etnik temizlik uygulamasının bulunduğu belirtilebilirse de terim olarak temizliğin bir ülkenin belli bir nüfustan arındırılması için kullanımı Nazi Almanyasına kadar götürülebilmektedir¹. Uluslararası alanda, 1990'larda Bosna Hersek ve Hırvatistan'da yaşananlar için başlarda gazeteciler ile yine bu bölgede yaşanan belirgin bazı olaylar yönünden politikacılar tarafından, sonrasında ise Birleşmiş Milletler (BM) organları tarafından kullanılmıştır². Eski Yugoslavya'nın dağılması döneminde yaşananların etkisiyle kavramın hukuk alanına dahil olmaya başladığı görülür.

Şemsiye bir terim olarak etnik temizlik grup üyelerinin sayılarının azaltılması amacıyla yaşadıkları yerlerden çıkarılmalarını amaçlayan ve çeşitli hukuk ihlallerine neden olan halleri içerir³. Etnik temizlik, bir devletin ülkesinin bir kısmının veya tamamının zorla ya da yıldırma yoluyla etnik bakımdan homojen kılınmasına yöneldiğinden⁴ daha çok coğrafi bir niteliğinin bulunduğu savunulmaktadır⁵. Bir ülkede yaşayan insan topluluğunun dolayısıyla da modern devletin kurucu bir unsurunun yeniden inşasını amaçlayan bu girişim araç olarak uluslararası hukukun önemli normlarının ihlallerini kullanır. Etnik temizlik amacıyla işlenmediklerinde de uluslararası

¹ John Quigley, "State Responsibility for Ethnic Cleansing", *U.C. Davis Law Review*, 32(2), 1999, s. 343-344.

² Drazen Petrovic, "Ethnic Cleansing-An Attempt at Methodology", *EJIL*, 5(3), 1994, s. 342; Quigley, s. 344-345.

³ Quigley, s. 344.

⁴ Benjamin Lieberman, *Korkunç Kader; Modern Avrupa'nın Oluşumunda Etnik Temizlik*, Damla Tanla Kurt (Çev.), Heretik Basım Yayın, 2016, s. 17.

⁵ Benjamin Lieberman, "Ethnic Cleansing' versus Genocide?", Donald Bloxham ve A. Dirk Moses (Ed.), *The Oxford Handbook of Genocide Studies*, Oxford University Press, 2010, s. 44.

suç veya uluslararası insancıl hukuk ile insan hakları hukuku ihlalleri teşkil eden eylemler, bu amaçla işlendiklerinde etnik temizlik adıyla anılan politikayı ifade etmektedirler.

E. Lauterpacht, Uluslararası Adalet Divanı (UAD) önündeki Bosna Hersek v. Sırbistan Karadağ davasında etnik temizlik olarak nitelendirilenin Müslüman nüfusun Bosna Hersek'in bazı kısımlarındaki kontrol yahut varlığını ortadan kaldırmak için başvurulmuş kastî bir kampanya olduğunu ifade etmektedir. Hedef alınan etnik yahut dinî bir grup olarak Bosnalı Müslümanların Sırp güçlerince kontrol edilmek istenen bu bölgede sayı ve zaman bakımından daha fazla yer almalarının önüne geçme kastıyla tamamen değilse de kısmen yok edildiği belirtilmiştir⁶. Bu durumda etnik temizlik planı mağdur grubun failer tarafından söz konusu bölgedeki varlığını ortadan kaldırmayı amaçlamaktadır. Bir bölgedeki etnik grubun varlığına yönelmesi nedeniyle soykırım suçu ile etnik temizlik arasındaki ilişki oldukça önemlidir. UAD Bosna Hersek v. Sırbistan-Karadağ kararında, etnik temizliğin uluslararası hukukta açıkça ve soykırım kavramından bağımsız olarak yer almadığını ve Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi⁷ bağlamında kavrama hukukî bir önem atfedilmediğini belirtir⁸. Ancak kararın devamında hukuk alanında ayrı ve açık bir kimliği bulunmayan etnik temizliğin Soykırım Sözleşmesinde yasaklanan fiillerle gerçekleştirilebileceği ve bu fiilleri işlemeye sebep olan özel kastın göstergesi olarak önemli olabileceği belirtilmiştir⁹.

Etnik temizlik, zorla yerinden etme fiilini karşıladığı ölçüde, soykırım dışındaki uluslararası suçların da maddî unsurunu oluşturabilir. Ancak çalışmanın ilerleyen kısımlarında görüleceği üzere kavramın uluslararası hukukun farklı kategorilerinde değerlendirilen ihlalleri içerebileceği de tespit edilmektedir. Zira etnik temizliğin mutlaka uluslararası suçlar kapsamındaki

⁶ UAD, *Soykırım Suçunun Önlenmesine ve Cezalandırılmasına İlişkin Sözleşmenin Uygulanması*, Bosna Hersek v. Sırbistan Karadağ, 13 Eylül 1993 Ara Karar-Yargıç E. Lauterpacht Ayrı Görüşü, p. 69.

⁷ Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi, 9 Aralık 1948, 78 BM Sözleşmeler Serisi 277. Çalışmanın devamında "Soykırım Sözleşmesi" olarak anılacaktır.

⁸ UAD, *Soykırım Suçunun Önlenmesine ve Cezalandırılmasına İlişkin Sözleşmenin Uygulanması*, Bosna Hersek v. Sırbistan Karadağ, 26 Şubat 2007, p. 190. Bu kararın etnik temizlik ve soykırım arasındaki ilişkiye dair bulguları UAD'nin *Soykırım Suçunun Önlenmesine ve Cezalandırılmasına İlişkin Sözleşmenin Uygulanması*, Hırvatistan v. Sırbistan (3 Şubat 2015) kararında da teyit edilmiş ve söz konusu 190. paragrafa paralel açıklamalara özellikle 480 ve 510 nolu paragraflarda yer verilmiştir.

⁹ Soykırım Kararı (Bosna Hersek v. Sırbistan Karadağ), p. 190.

zorla yerinden etmeyi ifade etmesi, böyle tanımlanması söz konusu olmayabilir. Bilhassa etnik grubun hedef alınan dil, din, kültür gibi ayırt edici özelliklerini ortaya koymasının engellenmesi veya bu özelliklerini pratiğe dökmekten yıldırma suretiyle vazgeçirilmek istenmesi ve hatta bu grubun “istenen” dil, din, kültür gibi özellikler edinmeye zorlanması da eğer bu zor ve yıldırmaya bağlı olarak yerlerinden edilirlerse etnik temizlik sonucunu doğuracaktır. Bu nedenle etnik temizliğin uluslararası suçların maddî unsuru olarak zorla yerinden etmenin yanında uluslararası insan hakları ve insancıl hukuk ihlallerini içerebilen geniş bir anlamının bulunduğu düşünülmektedir¹⁰. Kavramın uluslararası ceza hukuku dışında kalan bu yönü çalışmanın sonunda Bulgaristan’da özellikle 1984-1985 yıllarında yoğunlaşan hükümet politikaları örneğinde ele alınacaktır.

Bulgaristan ulusal makamlarının Türk Müslüman topluluğun aslında Türkleştirilmiş Bulgarlar olduğu iddiasına dayanan ve 1980’li yıllarda tırmanarak 1984-1985’te tepe noktasına ulaşan yürütücülerinin ulusal soya dönüş olarak adlandırdığı süreçte (yeniden doğuş süreci/*national revival process*) gerçekleştirilen¹¹ ihlallerin boyutları ve göç politikasına dayalı bir çözüme başvurulması nedeniyle uluslararası hukuk yönünden önemlidir. 1989 zorunlu göçü ile göçe neden olan süreçteki yaygın insan hakları ihlalleri ve Türk Müslüman kimliğinin reddi, birçok akademik çalışmada azınlıklar, kültürel haklar, göç gibi çok katmanlı sosyal bilimler konularıyla yakından ilgisi nedeniyle yer almıştır¹².

İlk kısmında etnik temizliğin hukuken değerlendirileceği bu çalışmada,

¹⁰ Semin Töner Şen, *Uluslararası Hukukta Soykırım, Etnik Temizlik ve Saldırı*, On İki Levha Yayıncılık, 2010, s. 227.

¹¹ Türkçaya Ataöv, “The Turks of Bulgaria”, *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, 44(1), 1989, s. 137-138; Vildane Özkan Ahmadian Dishkedouki(Dinç), “1980’lerde Bulgaristan Devleti’nin Nüfus Politikaları Kapsamında Sınırdışı Etmeler ‘Göç’ mü?’, Seher Boykoy (Ed.), *25. Yılında Bulgaristan’dan 1989 Göçü*, Nilüfer Belediyesi Yayınları, 2015, s. 40-41.

¹² BM Mülteciler Yüksek Komiserliği zorunlu göçün hukukî bir kavram olmadığını, sosyal bilimciler tarafından genel ve ucu açık bir biçimde türlü yerinden etme veya gönülsüz ayrılmayı ifade etmek için kullanıldığını belirtmektedir.<https://www.unhcr.org/cy/wpcontent/uploads/sites/41/2018/02/UNHCR_Refugee_or_Migrant_EN.pdf> Erişim Tarihi 7 Kasım 2023.; Biz çalışmada bu kavramı Türkiye’de bu konuyu çalışanlarca tercih edilen bir ifade olduğundan, hukukî bir terim olduğu iddiasında bulunmadan kullanmaktayız. Örnek mahiyetinde bkz Neriman Ersoy-Hacısalihoğlu ve Mehmet Hacısalihoğlu (Ed.), *89 Göçü: Bulgaristan’da 1984-89 Azınlık Politikaları ve Türkiye’ye Zorunlu Göç*, YTÜ Balkar, 2012; Ayşe Kayapınar, Levent Kayapınar, Hakan Öztürk ve Ökkeş Narinç (Ed.), *1989 Yılında Bulgaristan’dan Türk Zorunlu Göçünün 30. Yılı*, Çorlu Belediyesi Yayınları, 2020.

Öncelikle kavramın ulus devlet inşası bağlamında kullanılmasına kısaca değinilecektir. Devamında kavramın içeriğindeki uluslararası hukuk ihlallerinin neler olduğu ve sıklıkla beraber kullanıldığı soykırım ile bağlantısı değerlendirilecek, uluslararası yargı organlarının bu kavramları ele alışları üzerinde durulacaktır. Etnik temizlik doktrinde uluslararası ceza hukuku kapsamındaki ihlalleri içeren dar ve hem uluslararası insancıl hukuk hem de uluslararası insan hakları hukuku ihlallerini içeren geniş anlamlarıyla karşımıza çıkmaktadır. Bu ayrımları göz önünde bulundurarak çalışmanın ikinci kısmında 1984-1985 yıllarında sertleşen Bulgaristan hükümetinin ayrımcı politikalarına etnik temizliğin uluslararası hukuktaki geniş anlamıyla bakılması hedeflenmektedir. Bu çerçevede 1989’da Bulgaristan’dan Türkiye’ye göçün etnik temizlik kapsamında olup olmadığı değerlendirilecektir.

I. ULUSLARARASI HUKUKTA ETNİK TEMİZLİĞİN KAVRAMSALLAŞMASI

A. Genel Olarak

Eski Yugoslavya’nın dağılması döneminde “etnik olarak temizlenmiş” ifadesi ülkedeki çatışmalarla etnik olarak homojen bölgeler oluşturmaya yönelik kampanyalarda basın tarafından kullanılmıştır¹³. Ancak kavramın zaman içerisinde farklı bağlamlarda kullanıldığı, bunun da kavramın tanımlanmasını güçleştirdiği ifade edilir¹⁴. Üzerinde uzlaşmış bir tanımından söz edilemeyen etnik temizliğin genel olarak belirli bir etnik grubu, bir toprak parçasından şiddet ve yıldırmaya dayalı yöntemlerle çıkarmayı ifade ettiği kabul edilir¹⁵. Kavramın nispeten yeniliğine kıyasla içeriğindeki uygulama tarihsel bir arka plana sahiptir.

Lieberman, etnik temizliğin uluslararası hukuktaki görünümünden bağımsız¹⁶, tarihsel anlamda üç dalga halinde gerçekleşen bir örüntüye sahip

¹³ Kai Ambos, *Treatise on International Criminal Law, C. II The Crimes and Sentencing*, Oxford University Press, 2014, s. 15; Petrovic, s. 343; Andrew Bell-Fialkoff, “A Brief History of Ethnic Cleansing”, *Foreign Affairs*, 72(3), 1993, s. 110.

¹⁴ Petrovic, s. 343.

¹⁵ Lieberman, *Korkunç Kader*, s. 17. Etnik temizliğin farklı kullanımlarına ilişkin olarak bakınız: Tner Şen, s. 257 vd.

¹⁶ Bunun ilk örnekleri arasında Asurluların toplu yerinden etmeyi iç karışıklık ve isyanlarla başa çıkabilmek için kullanmaları gösterilmektedir. Erin K. Jenne, “The Causes and Consequences of Ethnic Cleansing”, Karl Cordell ve Stefan Wolff (Ed.), *Routledge Handbook of Ethnic Conflict*, 2. Bası, Routledge, 2011, s. 112.

olduğunu belirtir¹⁷. Bunlar çok uluslu rejimlerin yıkılması ile bağdaştırılırlar; ilki Rus ve Osmanlı İmparatorluklarında 1. Dünya Savaşı esnasında ve sonrasındaki gelişmeler ile, ikincisi 2. Dünya Savaşı çerçevesinde Almanya ile somutlaşan milliyetçilik anlayışı ile ve sonuncusu da komünist rejimlerin yıkılışı ile bağdaştırılan dalgalardır¹⁸. Karşılaştırılan dalgalarda bağlı bulunulan ve sonrasında bünyesinden kopulan devletlerin (*parent state*) yapılarının farklı olduğu aşikârdır. Buna rağmen yazar Balkanlarda 1990'larda ortaya çıkan şiddetin militer veya paramiliter yollarla gerçekleştirilmesi, etnik ve kültürel unsurlara yönelmesi bakımlarından 20. yüzyılın başındakinden farklı bir görünümünün olmadığını savunmaktadır¹⁹. Özellikle Doğu Avrupa ve Balkanlar'da ortaya çıkan etnik temizlik, imparatorlukların zayıflamasına yahut yıkılmasına neden olan milliyetçiliğin yükselişi ve modern devletin doğuşu sürecine benzetilmektedir²⁰.

İmparatorlukların zayıflamasına yahut da yıkılmasına neden olan büyük savaşlardan sonra ulus devletlerin kurulması için mücadele veren milliyetçi akımlar etniklik temelinde karşı karşıya gelerek imparatorluk topraklarını paylaşmışlardır²¹. Bu süreçte milliyetçi gruplar etnik temizlik politikalarını çok uluslu imparatorluklardan ulus devletlere geçişte yeni devletin inşası için bir araç olarak kullanmışlardır²². Ancak bu noktada komünist rejimlerin yıkılışı kapsamında gerçekleşmekle birlikte ulus devlet inşasını amaçlamayan geç Stalin dönemi politikalarının, sınır bölgelerinde yaşayan etnik grupların yabancı kapitalist unsurların etkisinden uzaklaştırılmasına dayalı, dolayısıyla da etnik değil ideolojik, olduklarına değinmek gerekir²³. Öte yandan etnik temizlik davranışlarına yönelik milliyetçi grupların hakimiyet sağladıkları

¹⁷ Lieberman, *Korkunç Kader*, s. 14.

¹⁸ Aslında yazar Sovyetler Birliği'nin ismen bir imparatorluk olmadığını fakat "bir tür komünist çokuluslu imparatorluk" olduğunu belirtmektedir. Lieberman, *Korkunç Kader*, s. 227, 234. Yazar bir başka çalışmasında bu dalgaları, önceki adlandırmasına benzer şekilde, I. Dünya Savaşı, 2. Dünya Savaşı ve Soğuk Savaş esnasında ve sonrasında yaşanan üç dalga olarak adlandırmıştır. Lieberman, "Ethnic Cleansing", s. 42-43. Yazar tarafından belirtilen bu gelişmeler etnik temizliğin var olduğu sınırlı olaylar değildir, bunların yanı sıra yerli halkın belirlenmiş alanlara yerleştirilmesine dayalı (reservations) politikaları, günümüzde de devam eden Filistin ve Myanmar'da yürütülen politikalar örnek olay olarak gösterilebilir.

¹⁹ Lieberman, *Korkunç Kader*, s. 104, 122-123.

²⁰ Lieberman, *Korkunç Kader*, s. 125.

²¹ Lieberman, *Korkunç Kader*, s. 184.

²² Lieberman, *Korkunç Kader*, s. 13-14.

²³ Terry Martin, "The Origins of Soviet Ethnic Cleansing", *Journal of Modern History*, 70(4), 1998, s. 829, 860.

bölgelerdeki üstünlüklerini devam ettirebilmeleri nüfusun etnik olarak homojenleştirilmesiyle mümkün olmuştur. Üçüncü dalgada, Bulgaristan örneğindeki gibi, imparatorluklar değil komünist rejimler söz konusudur. Lieberman ulus kavramının belirleyici unsur olmadığı bu totaliter yönetimlerin sonunun gelmesiyle birlikte komünist yöneticilerin de ulusa dayalı politikaları benimsediklerini belirtmektedir²⁴. Kimi milliyetçi cepheler özellikle yaygın şiddet dönemlerinde ülke demografisini şekillendirme aracı olarak etnik temizliğe, hedefteki kitlenin önceki davranışlarını yahut da gizli amaçları bulunduğunu ileri sürerek “meşruiyet” kazandırabilmiş ve “makbul” halkın bu yeniden “inşa” sürecine desteği ve hatta katılımı sağlanmıştır²⁵.

Etnik temizliğin uygulanmasında birbirini izleyen iki aşama bulunur: bunların ilki istenmeyen grubun üyelerinin ülkeden uzaklaştırılması ve bu grup ile ülke arasındaki bağı oluşturan anıt, mezar, ibadethane gibi yapıların ortadan kaldırılmasıdır²⁶. Bu yolla temizliğin ilk aşaması gerçekleştirilmiş ve ülke “boşaltılmıştır”. İkinci aşamada yerinden eden grubun üyeleri veya “makbul” görülenler terk edilen evlere yerleşir, ibadethane veya anıtların yerine kendi ibadethane ve anıtlarını kurarlar²⁷. Böylece ilgili bölgeden önceki grubun izleri silinmiş olur.

Modern ulus devleti tesis ederken devletin toplumunu yeniden şekillendirmek amacıyla etnik şiddete, asimilasyon veya soykırım gibi yollara başvurulmuştur²⁸. Devletin inşa süreci ile soykırımın paralel gitmesinde ulusa dayalı dışlayıcı politikaların etkinliği, yeni devletin veya devletin aldığı yeni biçimin özelliklerinde belirleyicidir²⁹. Bosna Hersek ile Sırbistan arasındaki Soykırım Sözleşmesinin uygulanmasına ilişkin davada Bosna Hersek failerin eylemleri ile amaçladıklarının bütün Sırpların tek devlet altında toplanması olduğunu ve bu hedefin Sırp olmayan ve buna engel olabileceği tasavvur

²⁴ Cathie Carmichael, *Ethnic Cleansing in the Balkans Nationalism and the Destruction of Tradition*, Routledge, 2002, s. 17.

²⁵ Lieberman, *Korkunç Kader*, s. 316.

²⁶ Jenne, s. 115.

²⁷ Jenne, s. 115.

²⁸ Jacques Semelin, *Arındırma ve Yok Etme: Katliam ve Soykırımın Siyasi Kullanımları*, Melike Işık Durmaz (Çev.), İletişim Yayınları, 2011, s. 145-148, 420.

²⁹ Bilge Şahin, “Adı Konulmamış bir Soykırım: Liberya İç Savaşı”, Cenap Çakmak, Fatma Gözde Çolak ve Gökhan Güneysu (Ed.), *20. Yüzyılda Soykırım ve Etnik Temizlik*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2014, s. 154; James Hughes, “Genocide”, Karl Cordell ve Stefan Wolff (Ed.), *Routledge Handbook of Ethnic Conflict*, 2. Bası, Routledge, 2011, s. 130-132.

edilen etnik veyahut dinî bir grubun kısmen ya da tamamen yok edilmesini de içerdiğini belirtmiştir³⁰. Soykırım ve etnik temizlik benzer politik amaçlara yönelebilirler. Bu çalışma iki kavramı uluslararası hukuktaki itibarıyla analiz ederek etnik temizliği konumlandırmayı hedeflemektedir. Dolayısıyla etnik temizliğin uluslararası hukukun bir kavramı olmasının çok öncesine tarihlenen birçok örneği mevcutsa da³¹ burada söz konusu konunun tahlili gerekir.

B. Uluslararası Hukuk Belgelerinde ve Mahkeme Kararlarında Kavramın Nitelendirilmesi

Kavram, ortaya çıkmasından itibaren geçen zamanda Birleşmiş Milletler (BM) Genel Kurulu (GenK) tarafından “soykırımın nefret uyandıran bir biçimi”³², Güvenlik Konseyi (GüvK) tarafından “bir görünümü sivil nüfusun tahliyesi olan nefret uyandıran bir kampanya”³³, 780 Sayılı GüvK Kararına dayanılarak Eski Yugoslavya’daki durum hakkında 771 Sayılı GüvK Kararına göre iletilen bilgilerin araştırılması ve incelenmesi için kurulmuş Uzmanlar Komisyonunca hazırlanan final raporunda da “bir etnik veya dinî grubun belirli bir bölgeden şiddete başvurup korkutarak başka bir etnik veya dinî grubu çıkarması”³⁴ olarak tanımlanmıştır. Etnik temizlik özellikle Eski Yugoslavya’nın dağılması sürecinde sıklıkla soykırımla birlikte kullanılmış olsa da Uzmanlar Komisyonu raporunda yer alan ifadeler iki kavram arasındaki esaslı farklılığı ortaya koyarak soykırımdan suç, etnik temizlikten ise politika, uygulama-yöntem olarak söz etmektedir³⁵. Etnik temizlik ile soykırım birbirinden ayrı kavramlar olsa da etnik temizliğin uluslararası hukuktaki yerinin tespiti, bunun soykırımın yerine ve özellikle soykırımı örtmek (*euphemism*) amacıyla kullanılması bakımlarından oldukça önemlidir³⁶. Nitekim en genel ifadeyle etnik temizlik uluslararası hukuku ihlal

³⁰ Mustafa Ruhan Erdem, Durmuş Tezcan, Rifat Murat Önok, *Uluslararası Ceza Hukuku*, 6. Bası, Seçkin Yayıncılık, 2021, s. 545-546 dn. 15; UAD, *Soykırım Suçunun Önlenmesine ve Cezalandırılmasına İlişkin Sözleşmenin Uygulanması*, Bosna Hersek v. Sırbistan Karadağ, 26 Şubat 2007, p. 371.

³¹ Bell-Fialkoff, s. 111-116.

³² BM, Genel Kurulu Res 47/121, 7 Nisan 1993, BM Belge A/RES/47/121, s. 2.

³³ BM, Güvenlik Konseyi Res 819, 16 Nisan 1993, BM Belge S/RES/819, s. 2.

³⁴ BM, Final Report of the Commission of Experts Established Pursuant to Security Council Resolution 780 (1992), 27 Mayıs 1994, BM Belge S/1994/674, p. 130.

³⁵ BM, Final Report of the Commission of Experts Established Pursuant to Security Council Resolution 780 (1992), 27 Mayıs 1994, BM Belge S/1994/674, p. 87-101, 129-150.

³⁶ Clotilde Pégorier, “The Legal Qualification of Ethnic Cleansing”, Doktora Tezi, Exeter Üniversitesi, 2010, s. 32-33.

eden bir uygulamadır. GüvK tarafından 819 sayılı kararda kavramın hem uluslararası suçları hem de insancıl hukukun ihlallerini içerebileceği görüşü dayanak kazanmıştır³⁷.

Uluslararası yargı mercilerinin etnik temizliğe ilişkin değerlendirmeleri soykırım bağlamında yapılmıştır. Bunun nedeni etnik temizliğin uluslararası hukuktaki tanımının belirsizliğidir. Kavramın içeriğinde sadece uluslararası ceza hukukundan kaynaklanan ihlallerin bulunmaması nedeniyle uluslararası yargı yerlerinin etnik temizlik ile soykırımı birbirinden ayırt ederken etnik temizliğin hukukî çerçevesini tespit etmeye çalıştıkları söylenebilir³⁸. Uluslararası Adalet Divanı (UAD) Bosna Hersek v. Sırbistan Karadağ kararında soykırım ve etnik temizliğin ayrı kavramlar olduğunu ve etnik temizlik kapsamında olabilecek fiillerin soykırımı da oluşturabileceğini belirtmektedir³⁹. Bu açıdan Divan etnik temizliği oluşturan fiiller ile soykırım suçunu oluşturan maddî unsurların benzer olabileceğini ortaya koymuştur, ancak elbette soykırımın manevî unsuru da bulunmaktadır. Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi (EYUCM) kararları üzerinden değerlendirme yapan Divan, soykırım politikası ile etnik temizlik olarak ifade edilen politika arasında açık benzerlikler bulunsa da bir grubun fiziksel olarak yok edilmesi ile tasfiye edilmesi arasında açık bir ayrımın yapılmasını gerekli görmüştür⁴⁰. Özetle etnik temizlik ve soykırım ilişkisinin tespitinde şu noktalar ortaya çıkmaktadır: bu iki kavram birbiri ile yakın ilişkili olabilir ancak farklı kavramlardır ve etnik temizliğin bir bölgenin temizlenmesine ilişkin olarak mutlaka fizikî yok etmeyi içermesi gerekmemektedir. Soykırım Sözleşmesinin yapımında “özel” olarak nitelenen soykırım kastı fiziksel ve biyolojik yok etmeyle sınırlandırıldığından soykırım kavramından kültürel soykırım⁴¹ ile etnik

³⁷ Pégorier, s. 48.

³⁸ Soykırım Kararı (Bosna Hersek v. Sırbistan Karadağ), p. 190.

³⁹ Soykırım Kararı (Bosna Hersek v. Sırbistan Karadağ), p. 190.

⁴⁰ Soykırım Kararı (Bosna Hersek v. Sırbistan Karadağ), p. 190; *Krstić Davası* (İlk Derece Kararı) EYUCM-98-33, 2 Ağustos 2001, p. 592; *Stakić Davası* (İlk Derece Kararı) EYUCM-97-24, 31 Temmuz 2003, p. 519.

⁴¹ Kültürel soykırım, Soykırım Sözleşmesinin hazırlık çalışmalarında Sözleşmeye ayrı bir maddede formüle edilerek eklenmesi yönünden uzunca tartışılmış ve nihayetinde başlarda sözleşme metnine eklenen madde sonrasında metinden çıkarılmıştır. BM Genel Kurulu, 6. Komite, 83. Oturum, Soykırım Taslak Sözleşmesinin Değerlendirilmesi-Devam, 25 Ekim 1948, Hırad Abtahi, Philippa Webb, *The Genocide Convention The Travaux Préparatoires*, Martinus Nijhoff Publishers, 2008, s. 1518. Kültürel soykırımın taslak Sözleşmeye eklenen maddedeki tanımı şöyledir: “3. madde: Bu sözleşmede soykırım, bir ulusal, ırksal veya dini grubun dilini, dinini veya kültürünü, o grubun üyelerinin ulusal veya ırksal kökeni veya dini

temizlik eylemlerinin dışlanması yoluyla yok etme kastının genişletilmesine yönelik eğilimlere karşı ön alınmaya çalışıldığı tespit edilmektedir⁴².

Yargı mercileri ve doktrinin etnik temizlik ile soykırım arasındaki ilişki konusunda vardıkları farklı sonuçların temelinde kanaatimizce iki farklı yaklaşım bulunmaktadır. Bunların ilki BM GenK tarafından Bosna Hersek'teki duruma ilişkin kararında etnik temizliği soykırımın nefret uyandıran bir biçimi olarak tanımlamasının⁴³ bir devamı olarak etnik temizliği uluslararası suçların maddî unsurlarıyla (zorla yerinden etme) bağdaştıran yaklaşımdır. Buna göre suçun diğer unsurlarının ve varsa koşullarının sağlaması halinde etnik temizlik kapsamına giren fiillerle soykırım veya diğer uluslararası suçlar işlenebilecektir⁴⁴. Etnik temizliği dar bir biçimde ele alan bu yaklaşım, kavramı uluslararası suçların maddî unsuru olarak yahut da belirli maddî unsurların işleme yöntemi olarak açıklamaktadır.

Etnik temizliğe dair ikinci yaklaşım hukuken tanımlanmış olmaması ve uluslararası insan hakları ile insancıl hukuk kurallarının ihlali suretiyle de gerçekleştirilebilir olmasına dayanmaktadır. EYUCM'nin etnik temizliğe belirli bir olayın arka planı yahut da başka bir suçun delili olarak başvurusu⁴⁵ bu türden bir yaklaşımı kabul edilebilir kılmaktadır. Bu halde etnik temizlik bir uluslararası suç fiilinden daha geniş biçimde bir kampanya, proje olarak yürütülebilmekte⁴⁶ ve içerisine uluslararası insan hakları, insancıl hukuk ve uluslararası ceza hukukunun ihlallerini alabilmektedir ve dolayısıyla hem devletin hem de bireylerin sorumluluğunu doğurabilmektedir. Kanaatimizce bir kampanya, plan, politika olarak ifade edilen etnik temizlik buna uygun biçimde belirli bir ülke veya ülke parçasının etnik olarak homojenleştirilmesi

inancı nedeniyle yok etmek amacıyla şu yollarla gerçekleştirilen herhangi bir kasıtlı eylem anlamına da gelmektedir: a) Grubun dilinin günlük yaşamda veya okullarda kullanılmasının veya grup dilinde yayınların basılmasının ve dağıtılmasının yasaklanması b) Gruba ait kütüphanelerin, müzelerin, okulların, tarihi eserlerin, ibadet yerlerinin veya diğer kültürel kurum ve nesnelerin tahrip edilmesi veya kullanımının engellenmesi." Abtahi, Webb, s. 1156.

⁴² Onur Uraz, *Classifying Genocide in International Law The Substantiality Requirement*, Routledge, 2023, s. 37.

⁴³ BM, Genel Kurul Res 47/121, 7 Nisan 1993, BM Belge A/RES/47/121, s. 2.

⁴⁴ Soykırım Kararı (Bosna Hersek v. Sırbistan Karadağ), p. 190.

⁴⁵ Lieberman, "Ethnic Cleansing", s. 47.

⁴⁶ Lieberman, "Ethnic Cleansing", s. 56. Kavram sosyal mühendisliğin şiddete dayalı bir versiyonu olarak tanımlanmaktadır. Réseau Vitoria, "Génocide(s)", Katia Boustany ve Daniel Dormoy (Ed), *Collection de droit international*, Bruylant, 1999, s. 70'ten aktaran Töner Şen, s. 264.

üzerinden tanımlanabilmelidir. Böylece hem uluslararası ceza hukukunun hem de uluslararası insancıl hukuk ve insan hakları hukukunun ihlallerini kapsayabilecektir⁴⁷. Belirli bir bölgenin insan topluluğunun farklı unsurlardan arındırılmasına dayalı tanımlamada etnik temizliğin amacı ve hedeflediği sonuç belirleyici olduğundan kavramın hukukî konumu belirlenirken de bunların merkeze alınması önemli görülmektedir.

C. Etnik Temizlik Kapsamındaki Uluslararası Hukuk İhlalleri

Etnik temizlik kapsadığı uluslararası hukuk ihlalleri üzerinden tanımlanması gereken bir kavram olduğundan, buna ilişkin yargı yerlerince veya literatürde yapılan değerlendirmelerin ele alınması gerekmektedir. Bu değerlendirmeler yukarıda anılan, dar ve geniş adı verilen iki yaklaşımı ortaya çıkarmaktadır. Etnik temizlik dar anlamıyla belirli bir bölgeden belirli bir etnik grubu ayrılmaya zorlamak olarak kimi uluslararası suçları ifade eder biçimde anlaşılmaktadır. Geniş anlamıyla ise içine uluslararası hukuka çeşitli aykırılıkları alabilen bir yerinden etme politikası olarak değerlendirilebilecektir.

Örneğin soykırım suçu yönünden Divan, 2015 tarihli Hırvatistan v. Sırbistan kararında etnik temizliğin tek başına soykırımın bir biçimi olamayacağını belirterek etnik temizlik fiillerinin soykırımın unsuru olarak ortaya çıkabileceğini tespit etmiştir⁴⁸. Bu halde etnik temizliğe mahkemenin muhakemesinde ya suçun maddî unsurunun belirlenmesi bakımından yahut da özel kastın kanıtı olarak başvurulabileceği kabul edilmiştir⁴⁹. Buradan hareketle Divan'ın etnik temizliği her iki yaklaşıma da uyacak biçimde ele alınabilir gördüğü söylenebilir. Hem zorla yerinden etmenin diğer koşulların sağlanması halinde suçun maddî unsurunu oluşturabilmesi hem de uluslararası ceza hukuku dışındaki ihlallerle özel kastı tespit etmeye yarayan bağlamı ortaya koyabilmesi mümkündür.

1.Zorla Yerinden Etme: Dar Anlamıyla Etnik Temizlik

Zorla yerinden etme uluslararası cezaî sorumluluğu tespit eden yargı mercilerinin statülerinde hem savaş suçları hem de insanlığa karşı suçların

⁴⁷ Maja Munivrana Vajda, "Ethnic Cleansing as Genocide- Assessing the Croatian Genocide Case before the ICJ", *International Criminal Law Review*, 15(1), 2015, s. 150.

⁴⁸ Soykırım Kararı (Hırvatistan v. Sırbistan), p. 510, 163.

⁴⁹ Martin Steinfield, "When Ethnic Cleansing is not Genocide: A Critical Appraisal of the ICJ's Ruling in *Croatia v. Serbia* in relation to Deportation and Population Transfer", *Leiden Journal of International Law*, 28(4), 2015, s. 939.

maddî unsurları arasında sayılmaktadır⁵⁰. Etnik temizlik coğrafi unsuru dolayısıyla zorla yerinden etme ile bağdaştırılmış, nitekim İsrail yerel mahkemelerince verilen *Eichmann* kararında sürgün, sınır dışı, zorla yerinden etme (*deportation*) olarak ifade edilen etnik temizliğin insanlığa karşı suç yahut savaş suçu olarak cezalandırılabilmesi belirtilmiştir⁵¹. Bunların dışında soykırım suçunun maddî unsurlarının da zorla yerinden etme sonucunu doğurabilmesi mümkündür. Elbette işlenen fiilin bağlamına göre yapılacak değerlendirme ile hangi suçu oluşturduğu ortaya çıkarılabilir. Doktrinde de etnik temizlik suçu olarak ifade edilen⁵² zorla yerinden etme, uluslararası suçların maddî unsurları arasında yer aldığından, diğer unsurların varlığı halinde savaş suçu ya da insanlığa karşı suç teşkil edebilecektir. Hatta insanlığa karşı suçların, savaş suçları gibi silahlı çatışmanın bağlamını gerektirmeme ve barış zamanı da işlenebilir olmaları nedeniyle daha geniş bir kapsamının bulunduğu ve dolayısıyla zorla yerinden etmeyi cezalandırmaya görece daha elverişli bir suç kategorisi olduğu kabul edilir⁵³.

Soykırım suçu Soykırım Sözleşmesi ve Uluslararası Ceza Mahkemesi (UCM) Statüsünde birbiri ile örtüşen biçimde düzenlenir ve bu maddelerde zorla yerinden etme açıkça sayılmasa da Sözleşme madde 2/c'de yer alan "grubun, bedenî varlığının kısmen veya tamamen imhasına müncer olacak hayat şartlarına kasten tabi tutulması" ve dolayısıyla UCM Statüsü madde 6/c'de yer alan "fiziksel olarak kısmen veya tamamen ortadan kaldırmak niyetiyle grubun yaşam koşullarını ağır biçimde kötüleştirmek" ifadelerinin etnik temizlikle bağdaşır bir düzenleme olabileceği belirtilmektedir⁵⁴. Zira yerinden etme zorla gerçekleştirilse de kısmen veya tamamen yok etme bunun otomatik bir sonucu olmamaktadır, ancak 2/c'ye dahil edilebilir biçimde zorla yerinden etmeyle özdeşleştirilen etnik temizlik soykırımın maddî unsuru olabilecektir⁵⁵. Yani tek başına zorla yerinden etme değil

⁵⁰ UCM Statüsü (imza tarihi 17 Temmuz 1998, yürürlük tarihi 1 Temmuz 2002) 2187 BM Sözleşmeler Serisi 38544, md 7/1-d&2-d, md 8/2(a)-7; BM Güvenlik Konseyi Res 827, 25 Mayıs 1993, EYUCM Statüsü, BM Belge S/RES/ 827, md 2/g&5/d.

⁵¹ William A. Schabas, *Genocide in International Law The Crime of Crimes*, 2. Bası, Cambridge University Press, 2009, s. 234.

⁵² Örneğin Yusuf Aksar, "Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Uygulamalarına Genel Bir Bakış", *Uluslararası Hukuk ve Politika*, 1(3), 2005, s. 11; Pégrier, s. 2.

⁵³ Vincent Chetail, "Is There any Blood on my Hands? Deportation as a Crime of International Law", *Leiden Journal of International Law*, 29(3), 2016, s. 923.

⁵⁴ Soykırım Kararı (Bosna Hersek v. Sırbistan Karadağ), p. 190.

⁵⁵ Soykırım Kararı (Bosna Hersek v. Sırbistan Karadağ), p. 190.

ancak zorla yerinden etmenin kısmen veya tamamen yok etme sonucuna sebep olacak ölçüde yaşam koşullarını kötüleştirilmesi ve buna kastedilmesi aranmaktadır. Bunun yanı sıra 2/d'deki grup içinde doğumların önlenmesinin ve hatta 2/e'deki çocukların başka bir gruba transferinin de etnik temizlik ile bağlantılı suç fiillerini teşkil edebileceği belirtilmiştir⁵⁶. Tanımı doğrultusunda etnik temizliğin çerçevesiyle bir kavram olmaması ve belirli bir ülkenin etnik olarak homojen hale getirilmesi amacına yönelmesi dolayısıyla farklı fiillerle gerçekleştirilebileceği açıktır. Burada önemli olan husus soykırım suçunun ayırt edici manevî unsurunun değerlendirilmesidir. *Stakić* kararında EYUCM bir grubun fiziksel olarak yok edilmesi ile yalnızca tasfiye edilmesi arasında ayırım yapılması gerektiğini belirtir⁵⁷. Zira grubun en azından belirli bir kısmının fiziksel olarak yok edilmesine yönelik zorla yerinden etme fiilleri tamamen dışlanmasa da tek başına zorla yerinden etmenin soykırım için yeterli olmadığı tespit edilmektedir⁵⁸. Bu halde zorla yerinden etme fiilini işleyenlerin soykırımdan sorumlu tutulabilmesinin önündeki önemli engel manevî unsurun tespiti olmaktadır⁵⁹. Bu fiili işleyen ve neticesi itibarıyla grubun yaşam koşullarında ağır bir kötüleşmeye sebep olanlar hedef alınan grubu kısmen veya tamamen yok etme kastını da taşımaktadır. Her ne kadar kimi yargı kararları ve akademik çalışmalar soykırımın özel kastının geniş biçimde anlaşılmasına yol açacak yorumları içerse de uluslararası mahkemeler soykırımın hedefinde fiziksel ya da biyolojik yok etmenin olduğunu kabul ederek genişletici yorumları benimsememektedir⁶⁰. Ancak soykırımı biyolojik veya fiziksel yok etmeyle sınırlandıran ve UAD'nin Bosna Hersek ile Sırbistan arasındaki Soykırım Sözleşmesinin uygulanmasına ilişkin davasında da desteklenen bu yaklaşım, korunan grupların kolektif doğası gereği savunulamaz görülmektedir⁶¹. Fiziksel veya biyolojik yok etme dışında yollarla da kolektif yapının ortadan kaldırılması mümkünse de soykırım suçunun fiziksel ve biyolojik yok etmeyle sınırlandırılması hedeflenmektedir.

Etnik temizliğin dar anlamıyla ele alınmasında soykırım suçuyla ilişkisi,

⁵⁶ Vajda, s. 153-154. Soykırım Sözleşmesi 2/d: grup içinde doğumları sekteye uğratacak tedbirler alınması; 2/e: bir grubun çocuklarının diğer bir gruba zorla nakledilmesi.

⁵⁷ *Stakić Davası* (İlk Derece Kararı) EYUCM-97-24, 31 Temmuz 2003, p. 519.

⁵⁸ Claus Kreß, "The Crime of Genocide under International Law", *International Criminal Law Review*, 6(4), 2006, s. 482-483.

⁵⁹ Vajda, s. 154.

⁶⁰ Steinfeld, s. 940; Vajda, s. 157-158, Uraz, s. 37-38.

⁶¹ Uraz, s. 191.

ifade edildiği üzere, etnik temizliğin hedef grubun yaşam şartlarının kısmen veya tamamen yok olmalarına sebep olacak ölçüde kasten değiştirilmesi (yahut sınırlı hallerde grubun yeni üyelerle sahip olmasının engellenmesi) olmaktadır. Bu halde etnik temizlik soykırımın esaslı bir görünümünü oluşturabilecektir⁶². Belirtilmeli ki etnik temizlik ve soykırım suçu ilişkisine dair ileri sürülen görüşler bu ölçüde önemli farklılıklar içerebilmektedir. Doktrinde etnik temizlik ve soykırım suçunun bir arada bulunamayacakları dolayısıyla birbirilerini dışladıklarını ileri süren görüşlerin⁶³ yanı sıra ikisinin bağdaşan kavramlar oldukları belirtilerek şiddetin derecesinin artması ile en baştaki etnik temizliğin soykırıma, belirli bir bölgeden çıkarma niyetinin de yok etmeye döndüğü bağlantısı da kurulmaktadır⁶⁴. Bu görüşlerden ilkinde aynı spesifik fiilde ikisinin birlikte bulunması reddedilirken ikincisinde şiddetin işlenen fiillerle ortaya çıkan sonucu değiştirebileceğine atıfta bulunmaktadır. Ancak etnik temizliğin bazı hallerde soykırım suçunu gizleyen, kamufle eden bir kavram olarak özellikle kullanılabilmesine ve bunun taşıdığı sakıncalara dikkat edilmelidir⁶⁵. Zira soykırım suçunu tespit etmenin en önemli noktası özel kastın tespiti olduğundan bunun belirlenemediği durumlarda işlenen fiillerin etnik temizlik olarak adlandırılması soykırımın tespitini engelleyebilecektir. Soykırım suçunda kastın tespiti bakımından yargı mercileri farklı hususlara dayanarak farklı sonuçlara varabilmekte ya da soykırımın kapsamı hakkındaki yorum yargı mercileri arasında değişiklik gösterebilmektedir⁶⁶. Soykırım suçu kapsamına giren fiillerin işlenmesinde kullanılan araçların genişletilmesine örnek gösterilen Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesinin (RUCM) *Akayesu* ve *Nahimana et al.* kararlarıyla soykırım suçunun modern bir yorumunun yapıldığı, böylelikle de nefret söylemi⁶⁷ ve tecavüz ile cinsel şiddetin⁶⁸ fiziksel veya biyolojik olarak ortadan kaldırma kastını ortaya koyan kavramlar olarak

⁶² Steinfeld, s. 943.

⁶³ Schabas, *Genocide*, 233, 234. Özellikle soykırımın kapsamını genişletici yorumlarının reddedilmesi, etnik temizlik ile soykırımın birbirini dışlaması sonucunu doğurabilecektir. Steinfeld, s. 942.

⁶⁴ UAD, *Soykırım Suçunun Önlenmesine ve Cezalandırılmasına İlişkin Sözleşmenin Uygulanması*, Hırvatistan v. Sırbistan, 3 Şubat 2015, Yargıç Caçado Trindade Karşı Oy Yazısı, p. 241.

⁶⁵ Soykırım Kararı (Hırvatistan v. Sırbistan), Yargıç Caçado Trindade Karşı Oy Yazısı, p. 241.

⁶⁶ *Jorgic v. Germany* Başvuru no 74613/01, AİHM, 12 Temmuz 2007, p. 113.

⁶⁷ *Akayesu Davası* (İlk Derece Kararı) RUCM-96-4, 2 Eylül 1998, p. 672; *Nahimana et al. Davası* (İlk Derece Kararı) RUCM-99-52, 3 Aralık 2003, p. 974.

⁶⁸ *Akayesu Davası* (İlk Derece Kararı) RUCM-96-4, 2 Eylül 1998, p. 731.

kabul edildiği belirtilmektedir⁶⁹. Hatta uygulamada soykırım suçunun etnik temizlik, tecavüz, nefret söylemi gibi fiilleri kapsayacak ölçüde genişletildiğinin örneklenebildiği fakat *ad hoc* mahkemelerin bu eğiliminin UCM Statüsünde karşılık bulmayıp Soykırım Sözleşmesinde yer alan fiillerin aynen alındığı belirtilir⁷⁰. Ancak verilen içtihatlarda bu fiillerin esasen soykırımı teşvik ve ciddi fiziksel veya zihinsel zarar verme kapsamında olduklarından soykırım suçunun mevcut sınırları içinde değerlendirildikleri görülmektedir.

Soykırım suçunun unsurlarından *özel* kast⁷¹ tespit edilmeden soykırım suçunun varlığından söz edilemeyecektir. Etnik temizliğin soykırımın özel kastını ortaya koyabilmesi de mümkün görülmektedir. Zira soykırımın özel kastının tespitinde sistematik davranışların, genel politik tercihlerin, konuşmaların yahut projelerin de ele alınacağı belirtilmektedir⁷². Böylelikle bir bölgenin belirli bir gruptan arındırılmasına yönelik etnik temizliğe, soykırımın özel kastını tespit ederken başvurulabilecektir. Bu nedenle soykırım suçunu oluşturan manevi unsurun olmadığı yahut aydınlatılmadığı durumlarda etnik temizlik suçunun söz konusu olabileceği ileri sürülse de⁷³ aslında bunun etnik temizlik suçu olarak değil, diğer şartların varlığı halinde, insanlığa karşı suç ya da savaş suçu olarak ifade edilmesi gerekmektedir⁷⁴. Çünkü etnik temizlik bir uluslararası suç kategorisi olarak değil uluslararası suçları oluşturan fiilleri içerebilen bir uygulama olarak görülmektedir⁷⁵.

İnsanlığa karşı suçların maddi unsurları arasında sayılan zorla yerinden etme hem ulusal sınırlar dışına sürgün etmeyi hem de ulusal sınırlar içinde zorla transferi kapsar⁷⁶. Birbirine benzemekle beraber zorla yerinden edilen topluluğun gönderildiği yer yönünden ayrılan bu fiillerin UCM

⁶⁹ Pégorier, s. 110.

⁷⁰ Pégorier, s. 117, 118.

⁷¹ *Akayesu Davası* (İlk Derece Kararı) RUCM-96-4, 2 Eylül 1998, p. 498.

⁷² *Akayesu Davası* (İlk Derece Kararı) RUCM-96-4, 2 Eylül 1998, p. 523-524; Pégorier, s. 126.

⁷³ Pégorier, s. 173.

⁷⁴ BM, Report of the International Commission of Inquiry on Darfur to the United Nations Secretary-General pursuant to Security Council Resolution 1564 (18 Eylül 2004), 25 Ocak 2005, p. 642.; Norman Naimark, "Ethnic Cleansing", *SciencesPo*, 4 Kasım 2007, <<https://www.sciencespo.fr/mass-violence-war-massacre-resistance/en/document/ethnic-cleansing-0.html>> Erişim Tarihi 7 Kasım 2023.

⁷⁵ Guénaël Mettraux, *International Crimes Law and Practice Volume I Genocide*, Oxford University Press, 2019, s. 418.

⁷⁶ Kai Ambos, *Rome Statute of the International Criminal Court: Article-by-Article Commentary*, 4. Bası, Beck, Hart, and Nomos, 2022, s. 277, p. 225.

Statüsündeki düzenlenişi bazı şartları gerektirmektedir. Madde 7/2-d'ye göre halkın sürülmesi veya zorla nakli, bir yerde hukuka uygun biçimde ikamet eden insanların sürülmesi veya diğer zorlayıcı fiillerle istekleri dışında yer değiştirmelerinin uluslararası hukuka aykırı yollarla sağlanmasını ifade etmektedir. Chetail'e göre yerinden etmenin "Suçun Unsurlarında"⁷⁷ da yer verilen kümülatif olarak aranan üç şartı; yerinden etmenin zorla olması, yerinden edilenin söz konusu yerdeki durumunun hukuka uygun olması ve yerinden etmenin uluslararası hukuka uygun bir zemininin bulunmamasıdır⁷⁸. Bu şartlardan birinin yokluğu halinde ise yerinden etmenin 7/1-k'deki diğer insanlık dışı davranışlar kategorisinde ele alınabilmesi mümkündür⁷⁹. Düzenlemeye göre yerinden etmeyle vücuda, ruhsal veya bedensel sağlığa bilinçli olarak ciddi bir zararın verilmesi gerekmektedir. Bu türden bir fiilin insanlığa karşı suç oluşturması için 7. maddede sayılan diğer fiillerle benzer ağırlıkta olması, vücuda, ruhsal veya bedensel sağlığa ciddi zarar yahut büyük ıstırap verilmesi ve ortaya çıkan bu sonuca kasten sebep olunması gerekir⁸⁰.

Her iki kategori fiilde de şartların varlığı halinde zorla yerinden etmenin insanlığa karşı suç oluşturabilmesi UCM Statüsüne göre ilgili fiillerin "herhangi bir sivil nüfusa yöneltilmiş, yaygın veya sistematik bir saldırının parçası" olarak işlenmiş olmasına bağlıdır. Suçun unsurlarında sivil nüfusa yönelen saldırının askerî nitelikte olmasının gerekmediği belirtilmiştir ve saldırının ya yaygın bir biçimde yahut da sistematik bir biçimde gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Öte yandan failin davranışı, sivil nüfusa yönelen yaygın veya sistematik saldırının bağlamında işlenmiş olmalıdır⁸¹. Zira saldırılar sürerken gerçekleştirilen ve bağlam itibarıyla saldırılarla örtüşmeyen fiiller bu madde kapsamında olmayacaktır⁸². İnsanlığa karşı suçların yargılanması yönünden her mahkeme statüsünde aynı olmasa da bağlantı koşulları aranmıştır. Örneğin EYUCM Statüsü 5. maddesinde bu suçların ulusal yahut uluslararası silahlı çatışmada işlenmesini, RUCM Statüsü ise ayrımcılık temelinde ve yaygın ya da sistematik olarak işlenmesini aramıştır⁸³. Ancak EYUCM *Tadić* kararında uluslararası teamül hukuku bakımından insanlığa karşı suçların uluslararası

⁷⁷ International Criminal Court, *Elements of Crimes*, PrintPartners, 2011.

⁷⁸ Chetail, s. 924.

⁷⁹ Chetail, s. 924.

⁸⁰ Ambos, *Article-by-Article Commentary*, s. 246, p. 190-191.

⁸¹ Erdem, Tezcan, Önok, s. 571.

⁸² Erdem, Tezcan, Önok, s. 571.

⁸³ Erdem, Tezcan, Önok, s. 565-566.

bir silahlı çatışma ile bağlantılı olarak işlenmesinin gerekmediğini de belirtmiştir⁸⁴.

UCM Statüsü 8. maddesinde hem uluslararası hem de uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda işlenebilecek savaş suçları ayrı bentlerde yer almaktadır. Madde 8/2(a)-7 hukuka aykırı sürgün ve nüfus transferini savaş suçları arasında saymış, madde 8/2(b)-8'de de sürgün ve nüfus transferinin işgalci devlet tarafından yapılması halleri ayrıca savaş suçu olarak düzenlenmiştir. Savaş Esnasında Sivillerin Korunmasına İlişkin (4 Nolu) Cenevre Sözleşmesinin⁸⁵ 45 ve 49. maddeleri sivillerin naklini düzenlemektedir. 45. madde nakledilen devletin Cenevre Sözleşmesine taraf olması, savaş sonunda menşe devlet ülkesine dönülebilmesi, siyasî düşünceleri veya dinî inancı dolayısıyla zulme uğramaktan korkulan bir yere nakledilmeme gibi şartlarla nüfus transferini düzenlemektedir. Ancak burada düzenlenen transfer sivillerin korunması amacına yöneldiğinden zor unsurunu kapsamamaktadır. UCM Statüsü kapsamındaki bir savaş suçuna, 4 Nolu Cenevre Sözleşmesine taraf bir gönderilen devletin söz konusu Sözleşmeyi uygulamaya isteksiz ve aciz olması hali ile Sözleşmenin koruma altına aldığı bir kimsenin dinî inancı veya siyasî düşünceleri nedeniyle zulme uğramaktan korkma gerekçesi bulunan bir yere transfer edilmesi hali vücut verebilecektir⁸⁶. 49. madde ise işgal edilmiş ülkede yaşayanların bireysel veya kitlesel biçimde başka bir ülkeye zorla transferini yasaklamaktadır. İstisnaları, ilgili nüfusun güvenlik gerekleri veya zorunlu askerî nedenlerin varlığı olarak maddenin 2. fıkrasında belirtilmiştir. UCM Statüsü madde 8/2(b)-8'de ise bu fiil suç olarak düzenlenirken işgalci devletin kendi sivil nüfusunu işgal ettiği ülkeye nakletmesi de yeni bir unsur olarak eklenmiştir⁸⁷. Bunun yanında 4 Nolu Cenevre Sözleşmesi madde 49'da yer verilen ilgili nüfusun güvenliği ve zorunlu askerî nedenler istisnaları UCM Statüsünde anılmamakla beraber şartlar mevcutsa sürgün veya zorla nakil fiillerinin cezalandırılmaz olduğu belirtilir⁸⁸.

UCM Statüsü savaş suçlarını yalnızca uluslararası silahlı çatışmalarda işlenebilecek olanlarla sınırlı tutmamış ve uluslararası nitelikli olmayan

⁸⁴ *Tadić Davası* (İlk İtirazlara İlişkin Karar) EYUCM-94-1, 2 Ekim 1995, p. 141.

⁸⁵ Savaş Esnasında Sivillerin Korunmasına İlişkin 4 Nolu Cenevre Sözleşmesi (imza tarihi 12 Ağustos 1949, yürürlük tarihi 21 Ekim 1950) 75 BM Sözleşmeler Serisi 973.

⁸⁶ Ambos, *Article-by-Article Commentary*, s. 389, p. 149.

⁸⁷ Ambos, *Article-by-Article Commentary*, s. 390, p. 156.

⁸⁸ Ambos, *Article-by-Article Commentary*, s. 467, p. 393.

silahlı çatışmaları da kapsamına almıştır. 8/2(e)-8 maddesi sivillere zorla yer değiştirme talimatı verilmesini savaş suçu olarak sayar. Bu düzenlemenin nedeni, yakın tarihli ulusal silahlı çatışmaların, bir etnik grubun belirli bir bölgede gelecekte hakimiyet kurabilmek için başvurduğu etnik temizliğin genel bir uygulama haline geldiğini göstermiş olmasıdır⁸⁹. 12 Ağustos 1949 Cenevre Sözleşmelerine Ek ve Uluslararası Olmayan Silahlı Çatışmalar Mağdurlarının Korunmasına İlişkin (2 Nolu) Protokol'ün 17. maddesi bu suç düzenlemesine kaynaklık etmektedir⁹⁰. Suç kapsamında, çatışma ile ilgili nedenler dolayısıyla sivil nüfusun zorla yer değiştirmesi emrini verme cezalandırılmaktadır. Madde metni aynı zamanda getirdiği kuralın istisnasını da içermekte ve emrin sivillerin güvenliği söz konusu olduğunda yahut da zorunlu askerî nedenler gerektirdiğinde suç teşkil etmeyeceğini düzenlemektedir.

Savaş suçları UCM Statüsüne göre “özellikle bir plan, politika veya bu türden fiillerin geniş çaplı işlenmesinin bir parçası olarak” işlenmelidir. Burada UCM'nin yargı yetkisini sınırlandırmayan, özellikle ifadesiyle sayılan fiiller yönünden yargı yetkisini kesin olarak belirten ancak bu çerçevede olmayan fiilleri de yetki alanından dışlamayan bir düzenlemenin bulunduğu kabul edilir⁹¹. Savaş suçlarının genel şartları doktrinde fiilin savaş hukukunun yürürlükte olduğu zaman aralığında işlenmesi, silahlı çatışmalar ile işlenen fiil arasında nedensellik bağı bulunması ve failin silahlı çatışmanın varlığını bilmesi olarak sayılır⁹². Bu halde sayılan savaş suçlarıyla dar anlamda etnik temizliğin işlenebilmesi için spesifik olarak maddelerde yer alan unsurlara genel şartların da eşlik etmesi gerekir. Bunun yanında hangi suçun ortaya çıktığını tespit edebilmek için savaş suçları özelinde zorla yerinden edenin işgalci sıfatına sahip olup olmadığı ve silahlı çatışmanın uluslararası niteliğinin bulunup bulunmadığı belirlenmelidir. Öte yandan madde 8/2(f)'de yer alan açıklamalara göre “gösteriler, münferit ve zaman zaman meydana gelen şiddet hareketleri ve bunlara benzer diğer fiillerle ifade edilebilecek iç karışıklık veya gerginliklerin” uluslararası olmayan silahlı çatışmalar kapsamında sayılmadığı da göz önünde bulundurulmalıdır.

⁸⁹ Ambos, *Article-by-Article Commentary*, s. 658, p. 965.

⁹⁰ 12 Ağustos 1949 Cenevre Sözleşmelerine Ek ve Uluslararası Olmayan Silahlı Çatışmalar Mağdurlarının Korunmasına İlişkin (2 Nolu) Protokol (imza tarihi 8 Haziran 1977, yürürlük tarihi 7 Aralık 1978) 1125 BM Sözleşmeler Serisi 17513.

⁹¹ Erdem, Tezcan, Önok, s. 593-594.

⁹² Erdem, Tezcan, Önok, s. 594-596.

2.Soykırım ile Karşılaştırılması

Etnik temizlik kavramı özellikle 1990'larda kurulan iki ad hoc uluslararası ceza mahkemesinin kararlarında ve bu mahkemelerin kurulmasına giden gelişmeler süresince yapılan değerlendirmelerde kullanılırken bunun soykırım suçu ile ilişkili olarak ele alındığı görülür. İşlenen fiillerin soykırım suçu oluşturup oluşturmadığı konusundaki hukukî tartışmalarda yargı mercileri ve uygulayıcılar soykırım kavramına, bununla etnik temizlik arasındaki benzerliklere ve farklılıklara dayanmıştır.

Soykırım suçu ve etnik temizlik arasında öncelikle bir sınıflandırma farklılığı bulunduğunu belirtmek gerekir. Zira uluslararası hukukta soykırım bir suç tipi olarak düzenlenmiştir. UAD Soykırımın Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesine Çekinceler danışma görüşünde Sözleşmeyle soykırımın uluslararası hukukta bir suç olarak kınanmasının ve cezalandırılmasının hedeflendiğini belirtmektedir⁹³. Bu halde soykırımın uluslararası hukukta sınıflandırılması bakımından bir tartışmaya gerek bulunmamakta ancak etnik temizliğin sınıflandırılması gerekmektedir. Nitekim bazı çalışmalarda etnik temizlik bir suç olarak ifade edilerek⁹⁴ ya da zorla yerinden etme (*forced transfer/displacement*) ile özdeşleştirilerek⁹⁵ dar anlamıyla bir uluslararası hukuk kavramı kabul edilir. Uluslararası suç niteliğinde olmayan ihlalleri de içerdiğinden etnik temizliğin belirlenmesinde uluslararası ceza hukuku kapsamına girmeyen ancak ihlalinin etnik temizlik sonucunu doğurması muhtemel uluslararası hukuk kurallarının da değerlendirilmesi gerekmektedir.

Etnik temizliğin soykırımla kıyaslanarak tanımlanmasında farklı sorumluluk türlerini ortaya çıkarabilmeleri nedeniyle güçlükler ortaya çıkabilecektir. Zira etnik temizliğin hukukî bir kavram olmaması ve insancıl hukuk ile insan hakları hukukunun çeşitli ihlallerini içerebilmesi nedeniyle soykırım ile kıyaslanmasının özellikle zor hale geldiği savunulmaktadır⁹⁶. Öte yandan soykırım da sadece uluslararası ceza mahkemelerinin statülerinde

⁹³ UAD, *Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesine Çekinceler* (Danışma Görüşü), 28 Mayıs 1951, s. 23.

⁹⁴ Aksar, s. 11.

⁹⁵ Schabas, *Genocide*, s. 221-233; Vajda, s. 150; Micol Sirkin, "Expanding the Crime of Genocide to Include Ethnic Cleansing: A Return to Established Principles in Light of Contemporary Interpretations", *Seattle University Law Review*, 33(2), 2010, s. 500.

⁹⁶ Vajda, s. 150. Atıfta bulunulan çalışmada etnik temizlik belirsiz, canlı gibi sıfatlarla betimlenerek kavramın hukuken tanımlanmış ve çerçevelenmiş olmadığı vurgulanmaktadır; Soykırım Kararı (Bosna Hersek v. Sırbistan Karadağ), p. 190.

uluslararası suç olarak yer almaz, Soykırım Sözleşmesine aykırılık çerçevesinde devletlerin sorumluluğunu da doğurabilmektedir. Ek olarak UAD ve Uluslararası Hukuk Komisyonu (UHK) da soykırım yasağının emredici norm niteliğinde olduğunu teyit etmişlerdir⁹⁷.

UAD önündeki Soykırım Sözleşmesinin Uygulanmasına ilişkin Gambiya v. Myanmar uyuşmazlığında Gambiya, soykırımın etnik temizlik, ayrımcılık gibi diğer yasaklı davranışlardan farklı ancak bunlarla yakın ilişkili olduğunu belirtmiştir⁹⁸. Peki birbirinden farklı olan bu iki kavram birlikte bulunabilir mi? Schabas kavramlar arasında içtihadî ve teorik bulanık bir çizginin olduğunu kabul eder⁹⁹. Ancak ona göre etnik temizliğin niyet ve amacı zorla yerinden etme iken soykırımınki fiziksel yok etme olmakta¹⁰⁰, iki kavram böylelikle birbirinden ayrılmaktadır. Etnik temizlik ve soykırımın gerçekleştirilmelerine yönelik fiiller benzerse de oldukça farklı kasıtlara sahiptirler ve farklı sonuçlara yönelirler, dolayısıyla ikisinin birlikte var olması Schabas tarafından mantıksal olarak anlaşılabilir bulunmamaktadır¹⁰¹. Bunun nedeni soykırımın hedef alınan grubun yok edilmesini amaçlaması ancak zorla yerinden etme olarak anlaşılan etnik temizliğin grubun varlığına yönelmemesidir. İkisinde de mevcut olabilen etnik homojenleştirme hedefi soykırımda kısmen veya tamamen yok etmeyle yerine getirilirken etnik temizlikte ilgili etnik topluluğun bir bölgeden çıkarılması yoluyla yapılır. Söz konusu grubun yerinden edilmesi, Soykırım Sözleşmesi sadece coğrafi olarak yerinden etmeye yönelik bir korumayı amaçlamadığından, soykırım fiili bakımından yetersiz kalacaktır¹⁰². Ancak EYUCM bu ikisinin bağdaştığı yönünde görüş bildirmekte¹⁰³, Krstic kararında

⁹⁷ UAD, *Kongo Ülkesinde Silahlı Faaliyetler*, Demokratik Kongo Cumhuriyeti v. Ruanda, 3 Şubat 2006, p. 64. Devletlerin Sorumluluğuna İlişkin Maddelerin 3. bölümünde devletlerin emredici normların ağır ihlallerinden sorumluluğu düzenlenmiştir; UHK, Genel Uluslararası Hukukun Emredici Normlarının Saptanması ve Hukukî Sonuçları Taslağı Şerhi, 2022, s. 18-19, 87.

⁹⁸ UAD, *Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılmasına İlişkin Sözleşmenin Uygulanması*, Gambiya v. Myanmar, 11 Kasım 2019 (Application Instituting Proceedings and Request for Provisional Measures), p. 4.

⁹⁹ Schabas, *Genocide*, s. 233.

¹⁰⁰ Schabas, *Genocide*, s. 233.

¹⁰¹ Schabas, *Genocide*, s. 234.

¹⁰² Mettraux, s. 176-177. Bu noktada Soykırım Sözleşmesinin hazırlık çalışmaları esnasında Suriye Delegasyonu tarafından 2. maddeye eklenmesi teklif edilen ancak kabul edilmeyen düzenleme -"grubu sonrasında maruz kalacakları kötü muamele tehdidinden kaçmak için evlerini terk etmeye zorlama kastıyla önlemler almak"- anılmalıdır. Pégurier, s. 104.

¹⁰³ *Brđanin Davası* (İlk Derece Kararı) EYUCM-99-36, 1 Eylül 2004, p. 977 dn 2456.

Srebrenitsa'daki Bosnalı Müslüman topluluğunu fiziksel olarak ortadan kaldırmının ek önlemi olarak bu topluluğun kadın, çocuk ve yaşlı nüfusuna karşı zorla nüfus transferinin uygulandığını dolayısıyla hem soykırımın hem de etnik temizliğin birlikte mevcut olabildiğine değinmektedir¹⁰⁴.

Etnik temizlik ve soykırım kavramlarının birbirinin yerine geçecek biçimde kullanılmalarının bazı sorunları ortaya çıkardığı belirtilir¹⁰⁵. Bu duruma BM GenK'nin 7 Nisan 1993 tarihli kararında yer alan “soykırımın bir biçimini teşkil eden menfur, tiksindirici ‘etnik temizlik’ politikası”¹⁰⁶ ifadesi örnek gösterilir. Ancak kanaatimizce soykırım ve etnik temizlik bu kararda eş anlamlı biçimde kullanılmamaktadır. Yukarıda da değinildiği üzere soykırım ve etnik temizlikten biri hukuken bir suç tipi iken diğeri devletin unsurlarından insan topluluğunun farklı unsurlardan arındırılmasına yönelik fiilleri ifade eder¹⁰⁷. Bu halde etnik temizlik için başvuru fiiller soykırım suçunun (yahut diğer uluslararası suçların) maddî unsurları kapsamına girdiğinde buna manevî unsurun, özel kastın eşlik ettiği hallerde soykırım suçunu oluşturabileceklerdir. Soykırım ve etnik temizlik birden fazla fiil ile işlenebildiğinden bu iki kavramı birbirinden ayıran öncelikli olarak fiiller değil işlenen fiillerle ortaya çıkan sonuç ile niyet veya kast olmaktadır. Etnik temizlikle soykırım arasındaki amaç yönünden farklılığa değinen Schabas'a göre etnik temizliğin içerdiği öldürme fiili zorla yerinden etmeyi tetikleme kastıyla yapılmaktadır¹⁰⁸. Bir başka deyişle örneğin soykırımdaki öldürme fiilleri ile etnik temizlikteki öldürme fiilleri kastları itibarıyla ayrılırsalar da ikisi de öldürme fiilini içerebilir.

İçtihadî olarak soykırım suçu yönünden kısmen yok etmenin söz konusu olduğu hallerde grup nüfusunun sayısal olarak ne kadarlık bir kısmının yok edilmesi gerektiği tartışılmıştır. Bu değerlendirmeler grubun belli başlı liderlerinin, öncülerinin yok edilmesinin de grubun kısmen yok edilmesi

¹⁰⁴ *Krstić Davası* (İlk Derece Kararı) EYUCM-98-33, 2 Ağustos 2001, p. 595.

¹⁰⁵ Vajda, s. 150.

¹⁰⁶ BM, Genel Kurulu Res 47/121, 7 Nisan 1993, BM Belge A/RES/47/121, s. 2.

¹⁰⁷ Elbette etnik temizliğin bu yönde ele alınması onu uluslararası hukuka uygun hale getirmektedir. Etnik temizlik koruma sorumluluğuna gidilebilecek haller arasında sayıldığından buna göre devlet egemenliği uluslararası sistemin koruma altına aldığı esas unsurlardan olsa da soykırım, etnik temizlik veya katliamlara sessiz kalınmasının gerekçesi olarak kullanılmayacaktır. Sercan Reçber, *İnsancıl Müdahale ve Koruma Sorumluluğu*, On İki Levha Yayıncılık, 2016, s. 191-192.

¹⁰⁸ William Schabas, “Problems of International Codification – Were the Atrocities in Cambodia and Kosovo Genocide?”, *New England Law Review*, 35(2), 2001, s. 295.

kapsamında soykırım suçunun mevcut olabileceği noktasına varmıştır¹⁰⁹. Grup üyeleri arasında belli bir öneme sahip olanların yok edilmeleri halinde grubun geri kalanlarının içine gireceği duruma göre soykırımın varlığının tespit edileceği belirtilir¹¹⁰. Bu çerçevede Uzmanlar Komisyonu sonuç raporu fiziksel yok etmeyle ilgili verilere yer verse de bunun yanı sıra kaçmaya zorlamak gibi fiziksel yok etmenin dışına çıkan verileri de içermektedir¹¹¹. Hatta kimi yargı mercilerinin grubun sosyal, kültürel varlığına yapmış olduğu atıflar grubun belirli bir bölgeden zorla çıkarılması halinde grup niteliğini ayakta tutamayacağı durumlarda¹¹² etnik temizlik ile soykırım arasındaki ayrımın görünürlüğünün ortadan kalkmasına sebep olmaktadır. Bir grubun göçe zorlanması için grubun önde gelenlerinin fiziksel olarak yok edilmesi, soykırım kastının tespit edilemediği hallerde etnik temizlik ile soykırımın birbirinden ayırt edilmesini güçleştirir. Uygulamada bir yerden çıkarma (*to remove*) ile yok etmenin (*to destroy*) birbirinin yerine kullanılmasının ya da eş anlamlı olarak anlaşılmasının da soykırım ile etnik temizliği yakınlılaştırdığı, çünkü gerçekte yerinden etme ile yok etme arasındaki çizginin çoğu zaman bulanık hale geldiği belirtilir¹¹³. Ancak etnik temizliğe tâbi tutulan grubun bunun sonucunda etnik, kültürel vb. yapısını yitirmesi nedeniyle varlığını sürdürememesi halinde soykırım ile benzer bir sonuç ortaya çıksa da Soykırım Sözleşmesindeki ve bundan mülhem metinlerdeki tanımlar kültürel soykırımı içermediğinden aralarındaki esaslı farklılık devam etmektedir¹¹⁴. Uluslararası yargı organlarının kararlarında ağırlık, soykırımın fiziksel ve biyolojik ortadan kaldırma olarak anlaşılmasından yana olmuştur¹¹⁵. Burada kavramları yaklaştıran husus, etnik temizliğin doğrudan grubun fiziksel varlığını hedef almıyorsa da grubun varlığına etki eden sonuçlar doğurabilmesidir. İkisinin ayırt edilebilmesi için olgusal durum genel olarak değerlendirilmeli ve zorla

¹⁰⁹BM, Final Report of the Commission of Experts Established Pursuant to Security Council Resolution 780 (1992), 27 Mayıs 1994, BM Belge S/1994/674, p. 94; *Jelisić Davası* (İlk Derece Kararı) EYUCM-95-10, 14 Aralık 1999, p. 82.

¹¹⁰BM, Final Report of the Commission of Experts Established Pursuant to Security Council Resolution 780 (1992), 27 Mayıs 1994, BM Belge S/1994/674, p. 94.

¹¹¹BM, Final Report of the Commission of Experts Established Pursuant to Security Council Resolution 780 (1992), 27 Mayıs 1994, BM Belge S/1994/674, p. 94.

¹¹² Vajda, s. 157-158.

¹¹³Pégorier, s. 140-141.

¹¹⁴Schabas, "Problems of", s. 295.

¹¹⁵Pégorier, s. 139-143; *Krstić Davası* (İlk Derece Kararı) EYUCM-98-33, 2 Ağustos 2001, p. 580.

yerinden etmenin soykırım suçunun unsurlarını içerip içermediği tespit edilmelidir¹¹⁶. Nitekim UAD Bosna Soykırım Kararında sınır dışı (*deportation*) veya yerinden etmenin (*displacement*) grubun ortadan kaldırılması anlamına gelmesinin gerekmediğini belirtmektedir¹¹⁷. Ancak ilgili kolektif yapının ortadan kaldırılması sonucunun farklı araçlarla gerçekleştirilebileceği ve kültürel yok etme ile biyolojik veya fiziksel yok etme arasındaki farkın kastla değil araçlarla ilgili olacağı da savunulmaktadır¹¹⁸. Bu noktada kültürel soykırım ile etnik temizliğin aynı anlama gelmediği, varılmak istenen nihaî amaç yönünden kültürel soykırımın da belli bir bölgeyle sınırlanmayan yok etme kastı dolayısıyla etnik temizlikten ayrıldığı belirtilebilir.

Etnik temizlik ve soykırım arasında sınıflandırılmaları ve özgülendikleri sonuç yönünden farklılıklar olsa da bunların birlikte değerlendirilmesini gerektirecek benzer yönleri de bulunmaktadır. Bunlardan ilki belirli bir gruba yönelme ve belirli bir bölgenin farklı dil, din, kültür vb unsurlardan arındırılmasına yönelik olabilir. Tanımı itibarıyla bir bölgenin zorla ya da yıldırma yoluyla homojen kılınması olarak ifade edildiğinden¹¹⁹ etnik temizliğin bir ülkenin “temizlenmesine” yönelen daha çok coğrafi bir kavram olduğu savunulmaktadır¹²⁰. Soykırımın özel kastı belirli ülkedeki grup üyelerinin kısmen veya tamamen yok edilmesiyle sınırlı olmasa da uygulamada bu tür bir politikanın uygulanmasıyla varılan sonuç belirli bir bölgenin arındırılması olmaktadır. Çünkü soykırım suçunun failleri belirli bölgelerde etkili olabilecek ve planlarını belirli bölgelerde uygulayabileceklerdir. Etnik temizlik kavramının özü itibarıyla bir bölgede baskın olan -bunun kaynağında nüfus itibarıyla yoğunluk yahut sahip olunan güçlü pozisyon bulunabilir- grubun “istenmeyen”, “diğer” olarak ifade ettiği gruba karşı sistematik bir biçimde yöneltilen ihlalleri belirttiği söylenebilir. Bununla hedeflenen homojen bölgenin yaratılması, buradaki insan topluluğunun “istenen” ve kendi gruplarına ait kimselerden oluşmasıdır.

Temizlenmesi hedeflenen unsur bir insan grubudur. Belirli bir etnik gruba karşı farklı düzeyde ayrımcılık yahut şiddet içeren fiillerin işlenmesiyle etnik temizlikte amaçlanan, hedefteki grubun o ülkede fiziksel, biyolojik veya

¹¹⁶ Mettraux, s. 178 dn 63, 64.

¹¹⁷ Soykırım Kararı (Bosna Hersek v. Sırbistan Karadağ), p. 190.

¹¹⁸ Uraz, s. 191, 37.

¹¹⁹ Lieberman, *Korkunç Kader*, s. 17.

¹²⁰ Lieberman, “Ethnic Cleansing”, s. 44.

kültürel olarak bulunmamasıdır. Etnik temizliğin yöneldiği kitlenin ne tür özelliklere sahip olması gerektiği konusu soykırım ile aralarında görünüşte bir benzerlik teşkil eder. Soykırım Sözleşmesine göre bu suçun fiillerinin millî, etnik, ırkî veya dinî bağlarla bir araya gelen bir grubu hedef alması gerekmektedir. Suçun mağduru olabileceklerin, dinî gruplar hariç, sabit ve üyelerinin kendi iradeleriyle o gruba katılmayı tercih etmediği kalıcı nitelikli gruplar olduğu, sosyal ve politik grupların bu kapsamda olmadığı¹²¹ ifade edilmiştir¹²². Burada önemli olan mağdur grubun millî, etnik, ırkî ve dinî ayırt edici özellikleri üzerinden belirleneceği, bu tür bir gruba üye olunmamasına dayanılmayacağıdır¹²³. Soykırım suçunda grubun pozitif olarak belirli bir ayırt edici özelliğe sahip olma üzerinden belirlenmesi, negatif biçimde yani belirli millî, etnik, ırkî ve dinî vasfa sahip olmama üzerinden belirlenen gruplara yönelmiş fiillerin varlığı halinde soykırım için aranan özel kastın tespit edilmesini zorlaştırdığından daha uygun görülür¹²⁴. Öte yandan negatif ayırt edici özellikler üzerinden belirlenen grupların durumunda soykırıma varmayan etnik temizliğin insanlığa karşı suçların maddî unsurunu oluşturabileceği belirtilmektedir¹²⁵. Örneğin EYUCM *Vasiljevic* kararında etnik temizliğin hedefindeki grubu “Sırp olmayan nüfus” olarak ifade etmektedir¹²⁶. Zira bir grubun sahip olduğu ortak kimlik dolayısıyla, ayrımcılık temelinde hedef alınması etnik temizliğin söz konusu olması için yeterli görülmektedir¹²⁷. Dolayısıyla etnik temizlikte bir grup sahip olduğu bazı özellikler nedeniyle hedef alınabileceği gibi sahip olmadığı özellikler dolayısıyla da hedef alınabilir.

Etnik temizlikteki “etnik” sözcüğünün mutlaka etnik grupları ifade edecek biçimde anlaşılıp anlaşılmayacağı tartışılabilir. Etnik temizlik kavramı da bir kolektif yapıya yönelmektedir. Hedef alınan yapı tespit edilirken

¹²¹ Olgun Değirmenci, “Uluslararası Ceza Mahkemelerinin Kararları Işığında Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Soykırım Suçu”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 70, 2007, s. 82.

¹²² *Akayesu Davası* (İlk Derece Kararı) RUCM-96-4, 2 Eylül 1998, p. 511; Antonio Cassese, *International Criminal Law*, Oxford University Press, 2003, s. 101; Erdem, Tezcan, Önok, s. 549-550.

¹²³ Soykırım Kararı (Bosna Hersek v. Sırbistan Karadağ), p. 193.

¹²⁴ Schabas, *Genocide*, s. 131; Erdem, Tezcan, Önok, s. 549.

¹²⁵ Sevin Elekdağ, “13 Yıldır Beklenen Karar: Soykırım Sözleşmesi’ne Dayanılarak Uluslararası Adalet Divanı’nın Önüne Getirilen İlk Dava”, *Uluslararası Suçlar ve Tarih*, 1, 2006, s. 228-229.

¹²⁶ *Vasiljević Davası* (İlk Derece Kararı) EYUCM-98-32, 29 Kasım 2002, p. 58.

¹²⁷ Pégorier, s. 126; Töner Şen, s. 265.

işlenen fiillerin “istenmeyen”¹²⁸ yahut “diğer” olarak nitelendirilen bir gruba yönelmesine dayanıldığı, Soykırım Sözleşmesinde sayılan gruplardan etnik grup olarak tanımlanmaması gerektiği ortaya çıkmaktadır: “Etnik” kavramıyla ifade edilen grubun mutlaka etniklik temelinde bir araya gelen bir grup olmasının değil etnik veya dinî ayrımcılık, politik, stratejik veya ideolojik sebeplerle ya da bunların kombinasyonu ile istenmeyen bir grup olmasının gerektiği belirtilir. Dolayısıyla etnik sözcüğünün geniş bir biçimde -diğerlerinden farklı, ayrı bir kimliğe sahip olunması biçiminde- anlaşılması gerekmektedir¹²⁹. Bu nedenlerle etnik temizliğin yalnızca etnik gruplara karşı yürütülebilecek bir politika olmadığı çünkü etnik grubun objektif olarak belirlenemeyecek, genişletilmiş bir anlamının bulunduğu savunulmaktadır¹³⁰. Bu çerçevede *Akayesu* kararıyla Tutsi’lerin kendilerini öldürmek için hedef alanlar tarafından ayrı bir grup olarak belirlendiği, fail ile mağdur/kurban arasında objektif bir etnik farklılık bulunmadığı belirtilmiştir¹³¹. Ancak etnik temizliğin etniklik veya kültürel birlik temelinden tamamen bağımsız, siyasal veya sosyal gruplara yönelebilmesine dair bir kabulün uygulama veya doktrinde yer aldığı söylenemeyecektir. Bunun yanı sıra söz konusu grubun nasıl belirleneceği konusunda ise EYUCM dinî gruplar dışında kalan etnik, ırksal ve ulusal grupların objektif biçimde belirlenmelerinin tehlikeleri bulunduğunu, bunların sübjektif olarak değerlendirilmeleri gerektiğini kabul eder¹³². Objektif kriterlerin uygulanması Soykırım Sözleşmesinin konu ve amacıyla da bağdaşmaz bulunmakta, ancak uluslararası yargı mercileri grupların belirlenmesinde objektif veya sübjektif kriterler arasında mutlaka bir seçim yapmayabilmektedir¹³³. Tüm bunların dışında soykırım ve etnik temizlik bakımından grupların belirlenmesinde üçüncü bir yolun, grupları referans olarak almayan bir yolun, mümkün olup olmadığı da tartışılmaktadır¹³⁴. Bell-Fialkoff tarafından yapılan “istenmeyen gruba” dayalı tanımın gruplardan ziyade sebeplere bağlı olması nedeniyle uzun süreler

¹²⁸ Bell-Fialkoff, s. 110; Petrovic, s. 349.

¹²⁹ Lieberman, “Ethnic Cleansing”, s. 44.

¹³⁰ Pégorier, s. 150, 151.

¹³¹ *Akayesu Davası* (İlk Derece Kararı) RUCM-96-4, 2 Eylül 1998, p. 171-172; Pégorier, s. 150-152.

¹³² *Jelisić Davası* (İlk Derece Kararı) EYUCM-95-10, 14 Aralık 1999, p. 70.

¹³³ *Krstić Davası* (İlk Derece Kararı) EYUCM-98-33, 2 Ağustos 2001, p. 556; Pégorier, s. 155-156.

¹³⁴ Pégorier, s. 157.

modası geçmeden uygulanabileceği belirtilir¹³⁵. Ancak akılda tutulmalıdır ki etnik temizlik hakkında bu tür bir değerlendirme aslında etnik temizliğin nasıl anlaşıldığı ile ilgili öznel bir yargıyı ortaya koymakta, hukuken tanımlanmamış olması¹³⁶ kavram üzerinden yapılacak değerlendirmelerin objektifliğini güçleştirmektedir. Sonuç olarak böylelikle etnik temizlik ve soykırım arasında hedeflenen mağdur/kurban grubu bakımından başta benzerlik gibi görünen bir başka farklılık ortaya çıkmaktadır.

Etnik temizlik ve soykırımın sistematik, bir plan dahilinde işlenmeleri bakımından ayrılmaları güçtür. Soykırımın unsurları arasında bir plan dahilinde işlenmesi bulunmama ile birlikte plansız bir biçimde işlenmesinin oldukça zor olduğu ya da planın varlığının suçun tespitini kolaylaştırdığı değerlendirilmektedir¹³⁷. EYUCM de kararlarında soykırım planı ile etnik temizlik planı arasında birtakım benzerlikler olabileceğini belirterek iki kavramın da bir planı içerdiğine değinmektedir¹³⁸.

Etnik temizlik ve soykırım arasında yapılmaya çalışılan ayırımın elmaların ve armutların kıyaslanması olmasa da zorlayıcı bir kıyaslama olduğu belirtilmelidir. Nitekim birinin hukukî bir tanımı yokken diğeri uluslararası hukukta suç tipi olarak düzenlenmiştir ve soykırım yasağı bir emredici norm olarak kabul edilmiştir. Kavramlar arasındaki farklar etnik temizliğin uluslararası hukuku soykırım kadar ihlal etmemesinden değil etnik temizliğin geniş doğasından kaynaklanmaktadır. Yani etnik temizlik insancıl hukuk kurallarının ihlali yahut da insan hakları normları gibi uluslararası hukuk normlarının ihlali yoluyla gerçekleştiğinde de uluslararası hukuk ihlal edilmiş olur. Burada önemli olan etnik temizliğin basitçe tanımlanmasındaki gibi bunun belirli bir toprak parçasının belirli bir etniklikten arındırılmaya yönelmesi nedeniyle geniş bir yelpazedeki farklı fiillerle gerçekleştirilebilecek olmasıdır. Keza uluslararası hukukta en çok uluslararası suçlar kapsamında yerinden etmeye yönelik fiillerle bağdaştırılıyor olması da etnik temizliği bu suçlara özgü hale getirmeyebilir. Özellikle etnik grubun hedef alınan dil, din, kültür gibi ayırt edici niteliklerini kullanmalarının engellenmesi veya bu niteliklerini kullanmaktan yıldırma suretiyle vazgeçirilmek istenmeleri, bu

¹³⁵ Pégrier, s. 160.

¹³⁶ Reçber, s. 211-212.

¹³⁷ Erdem, Tezcan, Önok, s. 555; Schabas, *Genocide*, s. 251-252; *Jelisić Davası* (Temyiz Kararı) EYUCM-95-10, 5 Temmuz 2001, p. 48.

¹³⁸ *Krstić Davası* (İlk Derece Kararı) EYUCM-98-33, 2 Ağustos 2001, p. 562.

kimselerin “istenen” dil, din, kültür gibi nitelikler edinmeye zorlanmaları da bunlara bağlı olarak yerlerinden edilirlse etnik temizlik teşkil edecektir. Bu halde bir sonuç olarak yahut da bir hedef olarak etnik temizliğe çeşitli araçlarla varılabilecektir, bunlar bireysel cezaî sorumluluk doğuran uluslararası ceza hukuku kapsamında suç, devletin uluslararası hukuktan kaynaklanan yükümlülüklerine aykırılık kapsamında insan hakları ve insancıl hukuk kurallarının ihlal edilmesi olabilecektir.

3.Geniş Anlamıyla Etnik Temizlik: Uluslararası İnsan Hakları Hukuku ve Uluslararası İnsancıl Hukuk Yönünden

Belirli bir etnik grubun bir toprak parçasından şiddet ve yıldırmaya dayalı yöntemlerle çıkarılması¹³⁹ sonucunu ifade eden etnik temizliğin uluslararası hukukta kabul gören bir tanımı bulunmasa da hedeflediği sonucu ortaya çıkaran fiiller uluslararası hukukun çeşitli kurallarının ihlallerini içerebilir. Dar anlamıyla uluslararası ceza hukuku kurallarının ihlaliyle etnik temizliğin gerçekleştirilmesini önceki başlıkta aktarmaya çalıştık. Bunlar dışında etnik temizliğin uluslararası insancıl hukuk ile insan hakları ihlallerini de içerdiği ve ayrımcılıktan yok etmeye tüm mümkün yöntemlerle gerçekleştirilebileceği ifade edilmiştir¹⁴⁰. Etnik temizlik kapsamındaki fiiller koruma sorumluluğu çerçevesinde de değerlendirilmiş ve koruma sorumluluğunu doğuran etnik temizliğin öldürme, zorla yerinden etme, terör fiilleri veya tecavüz ile gerçekleştirilebileceği kabul edilmiştir¹⁴¹. Nihayetinde etnik temizlik insancıl hukuk ve insan haklarının ağır ihlali hallerinde uluslararası toplumun müdahalesini mümkün kılan koruma sorumluluğuna başvurulabilecek haller arasında sayılmıştır.

Uluslararası alanın temel nitelikli insancıl ilkeleriyle ters düşen soykırım ve etnik temizliğin çeşitli insan topluluklarına yönelik şiddet spektrumunda buldukları belirtilir ve buna göre spektrumun en uzak ucunda soykırım yer almaktadır¹⁴². Yani aslında birbirinden farklı olan bu iki kavram etnik temizlikte başvuru yöntemlerinin soykırıma varmasıyla örtüşür hale gelmekte ve bu

¹³⁹ BM, Final Report of the Commission of Experts Established Pursuant to Security Council Resolution 780 (1992), 27 Mayıs 1994, BM Belge S/1994/674, p. 130; Lieberman, *Korkunç Kader*, s. 17.

¹⁴⁰ Petrovic, s. 351.

¹⁴¹ Müdahale ve Devlet Egemenliği Uluslararası Komisyonu, *Koruma Sorumluluğu*, International Development Research Center, 2001, s. 32-33, 81.

¹⁴² Lieberman, “Ethnic Cleansing”, s. 45.

durumda bazen sadece soykırım söz konusu olabilirken bazen ikisi birden mevcut olabilmektedir¹⁴³.

Etnik temizliği geniş anlamıyla ele aldığımızda ise söz konusu spektrumun bizzat etnik temizlik olabileceği de değerlendirilebilir bir husustur ve bu durumda içine şiddete dayanmayan veyahut hukuka uygun hale getirilmiş yolların da girip girmeyeceği tartışılmalıdır. Etnik temizlik, soykırım ve nüfus mübadelesi arasındaki farkların etnik değişimin türüne, yöntemine ve sonucuna yahut başvuru aşırılığına göre ortaya konabileceği belirtilmekle kavramın daha da genişletilmesi söz konusu olmaktadır: buna göre etnik temizliğin görünümüleri olarak nüfus mübadelesi en makul hale getirilmiş, ılımlaştırılmış yöntemi oluştururken soykırım en uç örnektir¹⁴⁴. Buna keza soykırımda bir topluluğun kısmen veya tamamen ortadan kaldırılması hedeflenirken etnik temizlik ve nüfus mübadelesinde bir bölgenin ya da ülkenin bir etnik gruptan temizlenmesi söz konusu olduğundan zorla yerinden etmedeki “zor” her zaman hukuka aykırı yollarla değil hukuka, en azından pozitif hukuka, uygun hale getirilmiş yollarla da kullanılacaktır. Dolayısıyla spektrumun bir ucundaki fiiller insanların hareket ettirilmesine yönelik hukukî ya da kısmen hukukî yöntemlerdir¹⁴⁵. Ancak hukuka uygun hale getirilmiş yöntemlerin geniş anlamıyla etnik temizliğin içine alınması, kavramı belirli bir etnik grubu bir toprak parçasından şiddet ve yıldırıma dayalı yöntemlerle çıkarma¹⁴⁶ olarak ele aldığımız için tartışılmalıdır. Zira mübadele andlaşmaları gibi pozitif uluslararası hukukun bir parçası haline getirilse de tartışmalı yöntemler¹⁴⁷, bir ülkenin insan topluluğunu homojen hale getirme açısından etnik temizlik sonucunu sağlarlar. Ancak BM'nin kurulması sonrasında yaşanan insan haklarının ve silahlı çatışmalar esnasında bireylerin korunmasına ilişkin gelişmeler, etnik temizliğin araçlarını uluslararası hukuka aykırı hale getirmiştir¹⁴⁸. Petrovic etnik temizliği dinî, etnik veya ulusal kökenine dayanarak bir grubu belirli bir bölgeden sistematik

¹⁴³ Lieberman, “Ethnic Cleansing”, s. 45.

¹⁴⁴ Jenne, s. 113; Naimark.

¹⁴⁵ Naimark.

¹⁴⁶ BM, Final Report of the Commission of Experts Established Pursuant to Security Council Resolution 780 (1992), 27 Mayıs 1994, BM Belge S/1994/674, p. 130; Lieberman, *Korkunç Kader*, s. 17.

¹⁴⁷ Umut Özsu, “Fabricating Fidelity: Nation-Building, International Law, and the Greek-Turkish Population Exchange”, *Leiden Journal of International Law*, 24, 2011, s. 826.

¹⁴⁸ Özsu, s. 846.

biçimde tasfiye etmeyi amaçlayan bir başka grubun belirgin politikası olarak tanımlamakta ve bu politikayı ayrımcılıktan yok etmeye varan tüm muhtemel yöntemlerin kullanılarak insan hakları ve insancıl hukukun ihlal edilmesi olarak tespit etmekteydi¹⁴⁹. Ancak bu noktada bir hususa dikkat çekmek gerekir. Etnik temizlik bir üst başlık olarak değerlendiriliyorsa mutlaka bir bölgenin belirli bir etnik topluluktan arındırılması için diğer grubun bu bölgeden ya da ülkeden gönderilmesi anlamını taşıması gerekmektedir. Zira bunun bir görünümü soykırım ise, etnik temizlik soykırım yoluyla da gerçekleştirilebilecek ve dolayısıyla belli bir grubun ortadan kaldırılmasına yönelmiş de olabilecektir¹⁵⁰. Bu nedenle etnik temizlik spektrumu farklı şiddet ve zor yöntemlerini içerdiğinden bazı araçlar ülkesel homojenlemeyi bazıları da şiddetin derecesini vurgulayabilmektedir.

Hangi uluslararası insancıl hukuk veya insan hakları hukuku ihlallerinin etnik temizlik kapsamında olduğunu ortaya koyan bir tanım olmadığı ve etnik temizlik bir arındırma sonucunu hedeflediği için bu sonucu meydana getiren ihlaller etnik temizlik kapsamında olabilecektir. Belirtmek gerekir ki bu türden ihlaller bir planın icrası için, genel olarak, birlikte gerekletirilmilerdir. Eski Yugoslavya'nın dağılması sürecindeki etnik temizlik uygulamasını değerlendiren Petrovic bunun doğrudan askerî operasyonlar kapsamında ya da dolaylı olarak askerî operasyonları destekleyici biçimlerde gerçekleştirilen ve aynı bölgede yaşayan bir grubun üyelerinin diğer etnik gruba yönelttiği bir davranış olduğunu belirtmitir¹⁵¹. Bu davranış yahut tutum kategorileri idarî önlemleri, diğer şiddete dayanmayan önlemleri, korkutma önlemlerini ve askerî önlemleri iermektedir¹⁵². Dolayısıyla etnik temizliğin sınırlı biçimde askerî fiil ve önlemleri ifade etmese de askerî operasyonlarla doğrudan veya dolaylı olarak ilikilendirilebilmesi aranmıştır.

lk gruptaki idarî önlemler belirli azınlık gruplarının sürekli kimlik kontrolüne tâbi tutulması¹⁵³, hastanede kimi etnik gruplara ait ocukların

¹⁴⁹ Petrovic, s. 351.

¹⁵⁰ Mettraux, s. 419-420.

¹⁵¹ Petrovic, s. 344.

¹⁵² Mettraux, s. 345-347.

¹⁵³ BM GenK ve GvK, "Human Rights Questions: Human Rights Situations and Reports of the Special Rapporteurs and Representatives Situation of Human Rights in the Territory of the Former Yugoslavia Note by the Secretary-General", 17 Kasım 1992, BM Belge A/47/666 S/24809, p. 17.

tedavi edilmemesi¹⁵⁴ olarak örneklenmiştir¹⁵⁵. Diğer bir grupta sayılan ve idari önlemler gibi şiddete dayanmayan önlemler arasında ise taciz amaçlı aramalarla¹⁵⁶ ölüm tehditleri¹⁵⁷ bulunmaktadır¹⁵⁸. Bu iki önlem kategorisiyle yıldırmanın amaçlandığı söylenebilir. Korkutmaya yönelik eylemler askerî operasyon kapsamında gerçekleşmeyen fakat gerek asker gerekse de siviller tarafından gerçekleştirilebilen eylemleri ifade etmektedir¹⁵⁹. Bunun örnekleri olarak sivil nüfusun gözaltına alınması, kötü muameleye maruz bırakılması ve kamplara yahut cezaevlerine gönderilmesi; kültürel ve dinî anıt ve alanların tahrip edilmesi¹⁶⁰, çalışmanın engellenmesi, evlerin tahrip edilmesi ve sokakta korkutma ile tehdit¹⁶¹ verilmektedir¹⁶². Etnik temizliğin askerî önlem kategorisinin örnekleri temelde sivil hedeflerin kastî biçimde seçilmesini, hedeflenen grubun yaşantısını güç hatta imkânsız hale getirmeyi içermektedir¹⁶³. Belirtilenlerin kesinlikle bulunması gereken eylemleri içermediğini, tanımlayıcı olmadığını belirten Petrovic bu örneklerin insan hakları hukuku ile insancıl hukukun ihlallerini oluşturduğunu ifade eder. Nitekim yazara göre bu ihlallerin ardındaki sistematik davranış kalıbı tespit edilemezse etnik temizlik tespit edilemeyebilecektir. Bu durumda uluslararası hukuktan kaynaklanan yükümlülüklerin ihlali tespit edilse de bunların bağlamını oluşturan etnik temizlik politikası gözden kaçırılabilir. Zira etnik temizlik için kullanılan çoğu yöntem 1949 Cenevre Konvansiyonları ve bunlara ek 1977 Protokollerinin ağır ihlallerini içerdiğinden bağımsız olarak

¹⁵⁴ BM İnsan Hakları Komitesi, "Report of the Special Rapporteur Tadeusz Mazowiecki", 28 Ağustos 1992, BM Belge E/CN.4/1992/S-1/9, p. 9.

¹⁵⁵ Petrovic, s. 345.

¹⁵⁶ BM, İnsan Hakları Komitesi, "Report of the Special Rapporteur Tadeusz Mazowiecki", 10 Şubat 1993, BM Belge E/CN.4/1993/50, p. 25.

¹⁵⁷ BM İnsan Hakları Komitesi, "Report of the Special Rapporteur Tadeusz Mazowiecki", 6 Eylül 1993, BM Belge E/CN.4/1994/8, p. 11.

¹⁵⁸ Petrovic, s. 346.

¹⁵⁹ Petrovic, s. 346.

¹⁶⁰ BM GenK ve GüvK, "Human Rights Questions: Human Rights Situations and Reports of the Special Rapporteurs and Representatives Situation of Human Rights in the Territory of the Former Yugoslavia Note by the Secretary-General", 17 Kasım 1992, BM Belge A/47/666 S/24809, p. 26.

¹⁶¹ BM, İnsan Hakları Komitesi, "Report of the Special Rapporteur Tadeusz Mazowiecki", 10 Şubat 1993, BM Belge E/CN.4/1993/50, p. 26.

¹⁶² Petrovic, s. 346.

¹⁶³ Petrovic, s. 348.

da tespit edilebilecektir¹⁶⁴.

Etnik temizliği tanımlayan iki önemli özelliğin sistematik olma ve farklı unsurlardan arınmış bölge veya ülke oluşturmaya yönelme olduğu kabul edilebilecektir. BM İnsan Hakları Komitesi Özel Raportörü Mazowiecki'ye göre insan hakları ve insancıl hukuk ihlalleri sadece Bosna Hersek'te yaşanan savaşın göstergeleri değil etnik bakımdan homojen alanlar yaratmak için kasten başvurulan yöntemlerdir¹⁶⁵. İhlallerin sistematik bir biçimde devam etmesi ile de aslında bölgede istenen sonucun ortaya çıktığı, 810.000 kişinin ülke içinde yer değiştirdiği ve 700.000 kişinin de önceden Yugoslavya'nın parçası olan diğer devletlere gittiği görülmektedir¹⁶⁶. Aybay da etnik temizlik politikasının sonucunu şöyle betimlemiştir: “ya insanlar öldürülüyor ya da canlarını kurtarmak için daha güvenli bölgelere göç etmek zorunda kalıyorlardı”¹⁶⁷. Kanaatimizce Aybay'ın bu ifadesi etnik temizliğin hem yok etme hem de zorla yerinden etme ile gerçekleştirilebileceğini ve dolayısıyla içine soykırımı da alabilen sistematik bir ihlaller bütünü olduğunu göstermektedir. Bu ihlallere, grubun hedef alınan özelliklerine bağlılığına göre iki biçimde tepki verilmesi mümkündür; ya söz konusu etnik özellikler terk edilecek yani hedef alınan grup bu özelliklerinden kaynaklanan davranışları sergilemeyecektir yahut da söz konusu ülke ilgili etnik grup tarafından terk edilecektir.

Sonuç olarak karşımıza etnik temizliğin biri ayrımcılığa dayalı suçları diğeri de ayrımcılığa dayalı diğer ihlalleri içeren iki görünümü çıkmıştır. Bunun nedeni etnik temizliğin hem uluslararası suç teşkil eden hem de etmeyen ihlallerle ortaya çıkabilmesidir. Uluslararası hukuk bağlamından bakarsak bunların ilk grubu aslında spesifik bir uluslararası suçu değil uluslararası suçlar bakımından belirli tür maddi unsur diğeri ise nüfusun yerinden edilmesine yol açan uluslararası insancıl hukuk ve insan hakları hukuku ihlallerini kapsamaktadır.

¹⁶⁴ Petrovic, s. 348, 353.

¹⁶⁵ BM, İnsan Hakları Komitesi, “Report of the Special Rapporteur Tadeusz Mazowiecki”, 10 Şubat 1993, BM Belge E/CN.4/1993/50, p. 16.

¹⁶⁶ BM, İnsan Hakları Komitesi, “Report of the Special Rapporteur Tadeusz Mazowiecki”, 10 Şubat 1993, BM Belge E/CN.4/1993/50, p. 20.

¹⁶⁷ Rona Aybay, “Bosna Hersek İnsan Hakları Mahkemesi'nin Srebrenitsa Toplukıyını Kararı”, *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2, 2007, s. 69.

II. SOYA DÖNÜŞ KAPSAMINDAKİ FAALİYETLERİN ETNİK TEMİZLİK YÖNÜNDEN DEĞERLENDİRİLMESİ

A. 1989 Zorunlu Göçüne Varan Süreç

1.1984-85 Olayları

İkinci Dünya Savaşı sonrasında Doğu Blokunun bir parçası olan Bulgaristan'da komünist rejim, 1990'a yaklaşıldıkça ülkede yaşayan azınlıklara ilişkin baskıya dayalı politikalarını artırmaya başlamıştır. Bulgaristan'da yaşayan Türklerin kimliğini reddeden, bunların "ataları din değiştirdiği için gerçek kimliğinden kopmuş Bulgarlar" olduğunu savunan politika ile rejim, sözde orijinal kimliklerin benimsenmesini hedeflemiştir¹⁶⁸. Bu hedefe uygun olarak Müslüman Türklerin mevcut kimliği reddedilerek bunların yerine Bulgar kimliği üretilmiştir. Bu yeniden Bulgar kimliği üretimi anılan dönemle ve komünist rejimle sınırlı olmayıp Bulgaristan'ın bağımsızlık süreciyle birlikte takip edilebilmektedir.

Bulgaristan'da 1875'ten sonra azınlıklara karşı yürütülen bazı politikaların, gücün merkezleştirilmesi yoluyla bir ulus inşası programına yöneldiği kabul edilir¹⁶⁹. Bunun bir sonucu olarak Bulgaristan Türkleri 1878 tarihli bağımsızlığın sonrasında ötekileştirme ve dışlamaya tâbi tutulmuş, yönetim tarafından modern ulus inşasının dışında bırakılmışlardır¹⁷⁰. Öte yandan bunun sadece Türklerin dışlanmasıyla yürütülen bir ulus inşası olmadığı, Bulgaristan'da yaşayan ve farklı bir dini ve dili bulunan diğer topluluklara da yöneldiği savunularak¹⁷¹ temelde Bulgar ulus anlayışının güçlendirilmesinin hedeflendiği gösterilmektedir. Türkler ülke nüfusunun neredeyse beşte birini oluşturmaktayken Bulgaristan'ın özerk hale gelmesinden bu zamana sayıca önemli ölçüde azalmışlardır¹⁷². Ancak halen Bulgaristan'ın en kalabalık azınlık

¹⁶⁸ Lieberman, *Genocide*, s. 405.

¹⁶⁹ Daniel G. Bates, "What's in a Name? Minorities, Identity, and Politics in Bulgaria", *Identities*, 1(2-3), 1994, s. 219.

¹⁷⁰ Milena Mahon, "The Turkish Minority under Communist Bulgaria-Politics of Ethnicity and Power", *Journal of Southern Europe and the Balkans*, 1(2), 1999, s. 149.

¹⁷¹ Vesselin Dimitrov, "In Search of a Homogeneous Nation: The Assimilation of Bulgaria's Turkish Minority, 1984-1985", *Journal on Ethnopolitics and Minority Issues in Europe*, 2, 2002, s. 7-8.

¹⁷² Rossen Vassilev, "Restoring the Ethnolinguistic Rights of Bulgaria's Turkish Minority", *Ethnopolitics: Formerly Global Review of Ethnopolitics*, 9(3-4), 2010, s. 295-296.

grubunu Türkler oluşturmaktadır¹⁷³. 1878 yılından itibaren Bulgaristan'dan Türkiye'ye gerçekleşen göçlerin bazıları dönemsel ve kitlesel niteliktedir. Bunlar 1877-1878 Osmanlı-Rus Savaşı, 1912-1913 Balkan Savaşları ve 1950-51'de Bulgaristan'ın notası sonrasında gerçekleşenler ile 1989'da Bulgaristan hükûmetinin politikalarıyla ortaya çıkan dalgalardır.

İkinci Dünya Savaşı sonrasında rejim değişikliği yaşanan Bulgaristan'da 1945 sonrasını iki farklı dönem olarak ele almakta yarar vardır. 1971'e kadar olan dönemde Bulgaristan'ın ilk komünist anayasası olan Dimitrov Anayasası kabul edilmiş, bu anayasa 79. maddesinde ulusal azınlıkların kendi anadillerini öğrenme ve ulusal kültürlerini geliştirme haklarının bulunduğunu kabul etmiştir¹⁷⁴. Söz konusu anayasa maddesi hem ülkedeki ulusal azınlığın varlığını kabul etmiş hem de o dönemde ulusal azınlıklara tanınan anadille ilgili serbestliklerin dayanağını oluşturmuştur. Nitekim Türkçe konuşanlar için anadil okuma yazma oranlarının artırılmasına yönelik programlar geliştirilmiş, devlet okulları Türkçeyi müfredata dahil etmiş, Türkçe enstitüleri kurulmuş, öğretmenler Türkçe eğitmen eğitimi almaları için Azerbaycan'a gönderilmiştir. Bunların yanı sıra Türkçenin kullanılacağı alanlar da yaygınlaştırılmış, Türkçe yayın yapan iki günlük gazete ve bir dergi basılmaya başlanmış; radyo programları, tiyatro ve kültür toplulukları aracılığıyla sosyalizme uygun biçimde Türk azınlığın entelektüel liderleri görünür hale getirilmiştir¹⁷⁵. 1971'deki anayasa değişikliğine dek resmî politikayı yansıtan bu kapsayıcı-kaynaştırıcı¹⁷⁶ uygulamalara rağmen bunun tutarlı bir biçimde yürütüldüğünü söylemek ise güçtür¹⁷⁷. Zira bu dönemde dahi 150000 Türk daha önceden uyarılmaksızın Türkiye'ye sınır dışı edilmiş ve Türkçe eğitim veren okulların, Türkçe tiyatro topluluklarının faaliyetleri durdurulmuştur. Böylece ifade, seyahat ve iletişim özgürlükleri yönünden tam devlet kontrolüne rağmen tanınan serbestlik, kademeli olarak ortadan kalkmaya başlamıştır¹⁷⁸.

Bulgaristan'da yaşayan tüm toplulukları görünüş itibarıyla kapsayan

¹⁷³ Vassilev, s. 295-296.

¹⁷⁴ Muzaffer Kutlay, "The Turks of Bulgaria: An Outlier Case of Forced Migration and Voluntary Return", *International Migration*, 55(2), 2017, s. 166.

¹⁷⁵ Bates, s. 207.

¹⁷⁶ Kutlay, s. 166.

¹⁷⁷ Bates, s. 206-207.

¹⁷⁸ Bates, s. 206-207.

politikaların terk edilmesinde tüm azınlıkların tek bir azınlık kategorisi içerisinde büyümesinden duyulan endişenin etkili olduğu kabul edilir¹⁷⁹. Öte yandan artık vaktiyle “Türk nüfusun kendi kültürünü geliştirmesi ve dilini serbestçe kullanabilmesi için tüm fırsatların yaratılmasından” dahi söz eden¹⁸⁰ Jivkov 1954 itibarıyla Bulgaristan Komünist Partisi'nin başına geçmiştir. 1971'de Jivkov ismiyle anılan anayasada bir öncekindeki gibi ulusal azınlıklar değil köken itibarıyla Bulgar olmayan vatandaşlar ifadesi kullanılmıştır¹⁸¹. Böylece resmî araçlarla bir azınlığın tanınmasından vazgeçilmiş, söz konusu grubun kolektif olarak sahip oldukları hakların reddinin önü açılmıştır. Nitekim 1958'den itibaren Türkçeye ilişkin sınırlandırmalar, Sofya Üniversitesi Türkoloji bölümü dışında Türkçe öğretim programlarının kapatılması ve 1968-1978 arasında Türkiye'ye göçün cesaretlendirilmesiyle 1971 yılı dolaylarında¹⁸² zorunlu asimilasyona dayanan yeniden doğuş süreci resmî parti politikası haline gelmiştir¹⁸³. Pomaklar, Türkler, Tatarlar ve Romanlar gibi etnik gruplara yöneltilen bu politikanın amacının tamamen asimilasyon olduğu ifade edilmiş ve Türklerden daha önce Pomaklar “Bulgarlaştırma” olarak ifade edilen yöntemlerle hedef alınmıştır¹⁸⁴. Çünkü Bulgar ulusunun inşası devlet ülkesinde yaşayan ulusal, etnik, dinî toplulukların yahut bunların sahip oldukları ulusal, etnik, dinî farklılıkların ortadan kaldırılmasıyla gerçekleşebilecek bir hareket tarzı olarak benimsenmiştir¹⁸⁵. Örneğin isim değiştirmenin soya dönüş süreci öncesinde de Bulgaristan'da yaşayan azınlıklar bakımından sıklıkla gündeme getirilmiş bir baskı aracı olduğu, 1962'de Pomak isimlerinin değiştirilmesi üzerine kitlesel protestoların gerçekleştirilmesi dolayısıyla bu kararın geri alındığı ifade edilmektedir¹⁸⁶. Ancak sonrasında 1971-1974 arasında Bulgarca konuşan Müslüman Pomakların isimleri zorla değiştirilmiş ve bu uygulama genişletilerek Türkleri de kapsar hale gelmiştir¹⁸⁷. Değindiği

¹⁷⁹ Bates, s. 206-207.

¹⁸⁰ James W. Warhola ve Orlina Boteva, “The Turkish Minority in Contemporary Bulgaria”, *Nationalities Papers: The Journal of Nationalism and Ethnicity*, 31(3), 2003, s. 262.

¹⁸¹ Kutlay, s. 166.

¹⁸² Bu parti politikası hakkında herhangi bir resmî hukukî yahut siyasî işlem yapılmamış olması nedeniyle tarihi kesin olarak verilememektedir. Bates, s. 208.

¹⁸³ Bates, s. 207-208.

¹⁸⁴ Warhola ve Boteva, s. 262.

¹⁸⁵ Tomasz Kamusella, *Ethnic Cleansing During The Cold War The Forgotten 1989 Expulsion of Turks From Communist Bulgaria*, Routledge, 2019, 18-19, 48.

¹⁸⁶ Bates, s. 206-210.

¹⁸⁷ Lieberman, *Genocide*, s. 405-406.

üzere farklılıkların ortadan kaldırılması, bunun gerçekleşmediği hallerde göçe teşvik edilerek -bazen zorlanarak- farklıların gönderilmesi yoluyla ülke farklı unsurlardan arındırılması çalışılmıştır.

Mahon soya dönüş sürecinin resmî olarak başlamasından önce de Türk topluluğa yönelik baskıların yavaş yavaş arttığını örneklerle belirtir ki bunların önemli bir kısmı Türkçe öğrenimine ve Türklerin eğitimine ilişkindir¹⁸⁸. Fakat 1984-1985 kışında Jivkov'un açıklamasıyla başlatılan soya dönüş kampanyası azınlıklara karşı yürütülen dışlayıcı politikaların zirve noktasını oluşturmuştur¹⁸⁹. Kampanya sürecinde Türk toplumu içinde etkili birçok Türk alıkonmuş, daha öncesinde rejim karşıtlarının gönderildiği kamp olarak kötü bir biçimde ünlenen Belene'de hapsedilmiştir¹⁹⁰.

Türk ve Müslüman kişilerin isimlerini Slav isimlerle değiştirme ile hızlanan program Türk ve Müslüman kimliğinin reddedilmesi olarak geleneksel kıyafetlerin giyilmesinin, sünnetin, dinî bayramların kutlanmasının, kamusal alanda Türkçe konuşmanın yasaklanmasını ve Türkçe yayın yapan gazete, radyo gibi haberleşme araçlarının kapatılmasını içermiştir¹⁹¹. Mezar taşları ve camilerin de tahribiyle soya dönüş kampanyası hem Türk hem Müslüman kimliğinin reddini hedeflemiştir¹⁹². Kamusal alanda ya da telefonda Türkçe konuşma yasağının ihlali halinde para cezalarına hükmedileceği belirtilmiştir¹⁹³. İsim değiştirme süreci isimlerini değiştirmek için kendilerine uygun görülen isimlerin bulunduğu bir liste ve 24 saat süre verilen etnik Türklerin isim değişikliği yapmamları halinde tutuklanmaları suretiyle uygulanmıştır¹⁹⁴. Köyler tanklarla ve personel araçlarıyla çevrilerek dış dünya ile ilişkileri kesilmiş; öte yandan partililer, polis ve devlet memurları isim değişikliği başvurusu yapmaları için insanlar üzerinde baskı kurmuştur¹⁹⁵.

2.1989 Göçü

1989'un sonlarına gelindiğinde dünyadaki diğer gelişmelere paralel

¹⁸⁸ Mahon, s. 155-157.

¹⁸⁹ Kutlay, s. 166.

¹⁹⁰ Mahon, s. 158; Kamusella, s. 41, 42.

¹⁹¹ Kutlay, s. 166; Bates, s. 208-210; Ataöv, s. 136-138, 143-144, 150; Vassilev, s. 297-298.

¹⁹² Carmichael, s. 87.

¹⁹³ Mahon, s. 157.

¹⁹⁴ Carmichael, s. 75.

¹⁹⁵ Dimitrov, s. 15.

olarak Bulgaristan'da da komünist rejim çözülmeye başlamıştı. Çok etnikli toplumların yönetilmesi için getirilen totaliter çözümlerin sonunun komünist yönetimlerin ortadan kalkmasıyla geldiği, hatta bu sonla birlikte komünist yöneticilerin de ulusalcıya dönüştüğü ifade edilmiştir¹⁹⁶. Kendi içinde çelişkili olan bu durumu Bulgar Lider Jivkov ve onun çözülmeye giden süreçte etnik Türkleri Bulgar isimleri almaya zorlayan politikası örnekler görünmektedir¹⁹⁷. Amacın azınlık politikalarında yoğun değişikliklere sebep olan¹⁹⁸ tek etnikli bir ulus devletinin inşası olması¹⁹⁹, yaşananların etnik temizlik politikalarıyla benzeşmesine yol açar. Zira etnik temizlik daha önce değinildiği üzere farklı unsurlar barındırmayan bir insan unsurunun oluşturulmasını sağlamaya yöneliktir. Bulgaristan yönetimi ve ulusal makamları tarafından "soya dönüş" olarak adlandırılan süreçte gerçekleştirilen Türk ve Müslüman isimlerin zorla değiştirilmesi, mezar taşlarının tahribi, basın ve yayın araçlarında Türkçe kullanılmasının yasaklanması, Türkçe eğitimin engellenmesi, hedef alınan topluluğun önde gelenlerinin Belene kampında hapsedilmesi gibi fiiller²⁰⁰ de insan topluluğunun yeniden yapılandırılmaya çalışıldığını göstermektedir.

1989'a gelindiğinde 1984-1985 kışından beri yürütülen politikalara direniş ve temel hakların korunmasına yönelik kitlesel gösteriler, açlık grevleri, devlet otoritelerine dilekçelerin yazılması gibi barışçı protestolar yoğunlaşmıştır²⁰¹. 29 Mayıs 1989'da Jivkov ulusal televizyon ve radyoda verilen konuşmasında "sınırların Türkiye'ye gezmek ya da sürekli kalmak için gitmek isteyenlere açık olduğunu" belirten bir konuşma yapmış²⁰² ve Türk tarafını sınırları açmaya çağırmıştır²⁰³. Ancak bunun öncesinde dahi açıkça Türk kimliği bilinen vatandaşlar için devlet otoriteleri pasaport çıkartmaya başlamış ve pasaport sahiplerinden iki hafta içinde Türkiye'ye gitmeleri beklenmiştir. Hatta pasaport sahiplerinin bir an önce ülkeden ayrılması için güvenlik güçlerince habersiz ziyaretlerle, telefon aramalarıyla ve anonim

¹⁹⁶ Carmichael, s. 17.

¹⁹⁷ Carmichael, s. 17.

¹⁹⁸ Warhola ve Boteva, s. 262.

¹⁹⁹ Vassilev, s. 297.

²⁰⁰ Mahon, s. 156-159.

²⁰¹ Kamusella, s. 45; Kutlay, s. 167; Mahon, s. 159.

²⁰² Kamusella, s. 48; Kutlay, s. 167.

²⁰³ Vassilev, s. 298.

mektuplarla tacizde bulunulmuştur²⁰⁴. Dönemi itibarıyla düşünüldüğünde komünist bir rejimin vatandaşları için sınırsız yurtdışı seyahati imkânı veren bir pasaporta sahip olma sıra dışı bir durum iken Bulgaristan’da da ancak 1 Eylül 1989’da yürürlüğe giren bir kanunla vatandaşlara bu hak tanınmıştı²⁰⁵. Dolayısıyla Türk ve Müslüman bireylere söz konusu kanun yürürlüğe girmeden önce pasaportlarının verilmeye başlanması Türkiye’ye göçün altyapısını hazırlama amacını ortaya koymaktadır²⁰⁶.

Bulgar kimliklerinin farkında olmadıkları, gerçekte köken olarak Bulgar oldukları savunulan topluluk üyelerini tekrar Bulgarlaştırmayı amaçlayan asimilasyon planının niteliğini belirtmek için çeşitli kavramlar kullanılmıştır. Söz konusu olayların temel itibarıyla Türkçenin kullanımı yönünden yasak ve sınırlamalar içerdiği için dilsel ve kültürel asimilasyon²⁰⁷, ulusal makamlar aracılığıyla yürütüldüğü ve şiddet içerdiği için anti-Türk idarî pogrom²⁰⁸, zora dayalı asimilasyon kampanyası²⁰⁹, etnik temizlik²¹⁰ ve soykırım²¹¹ olarak adlandırıldığına rastlanmaktadır²¹². Hem hükümet tarafından yapılan adlandırma olması hem de kavramın uluslararası hukuktaki konumunun değerlendirilmesi ve yer değiştirme ile sonlanması eldeki çalışmada etnik temizlik çerçevesinde bir incelemenin tercih sebebidir.

B. Uluslararası Hukuk Sorumluluğu Bakımından Bir Değerlendirme

2012 yılında Bulgaristan Parlamentosu soya dönüş süreci de dahil

²⁰⁴ Kamusella, s. 49.

²⁰⁵ Kamusella, s. 47, 75.

²⁰⁶ Kutlay, s. 167. Buradakine benzer bir kolaylaştırma örneği olarak Hırvatların “sivil Sırpların yaşadıkları bölgeyi boşaltmaları için bıraktığı kaçış koridorları” verilebilir ve Divan bunların varlığından işlenen fiillerle gerçekleştirilmek istenenin soykırım olmadığı sonucuna ulaşmıştır. İlyas Doğan, “1948 Soykırımın Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi Geriye Yürütülebilir Mi (Ermeni Olayları Açısından Bir Değerlendirme)”, İlyas Doğan (Ed.), *Uluslararası Hukuk Boyutuyla 1915 Olayları*, Astana, 2016, s. 313.

²⁰⁷ Vassilev, s. 203.

²⁰⁸ Warhola ve Boteva, s. 263.

²⁰⁹ Bates, s. 203.

²¹⁰ Özkan Ahmadian Dishkedouki (Dinç), “1980’lerde Bulgaristan”, s. 46.

²¹¹ Evgenia Kalinova, “Remembering the” Revival Process” in Post-1989 Bulgaria”, Maria Todorova, Augusta Dimou ve Stefan Troebst (Ed), *Remembering Communism, Private and Public Recollections of Lived Experience in Southeast Europe*, Central European University Press, 2014, s. 573.

²¹² Farklı adlandırmalar için bkz Özkan Ahmadian Dishkedouki (Dinç), “1980’lerde Bulgaristan”.

Bulgaristan Müslümanlarını zorla asimile etmeye yönelik fiiller işleyen faillerin yargılanamamış olmasının üzüntüsüne değinerek bu suçların zaman aşımına uğramayacağını ve 1989'daki zorunlu göçün bir tür etnik temizlik olduğunu kabul etmiştir²¹³. Bu tanımada iki önemli husus mevcuttur: Bunların ilki etnik temizlik kabulünün yalnızca soya dönüş sürecindeki fiillerle sınırlı tutulmaması; ikincisi ise işlenen suçların zamanaşımına uğramayacaklarının kabul edilmesidir. Kampanyanın yürütülmesinden sorumlu kişiler Parlamento'nun beyanına rağmen yargılanamamış²¹⁴ ve 2015'te Bulgaristan Ceza Kanununda yapılan bir değişiklikte eklenen komünist rejim döneminde işlenen insanlığa karşı suçların zamanaşımına uğramayacağı hükmü Bulgaristan Anayasa Mahkemesi tarafından 2016 yılında anayasaya aykırı bulunarak iptal edilmiştir²¹⁵.

Ulusal yargı yerlerinin bu konudaki faaliyetlerine kısaca değinilecek olursa öncelikle kimsenin doğrudan 1989 olayları ve bu kapsamda yer alan fiiller dolayısıyla suçlu bulunmadığı ve hatta yargılanmadığı belirtilmelidir²¹⁶. Zira 2012 tarihli Parlamento kararı tek başına metnin içerdiği hedefleri yerine getirmeye yetmemekte, bunun için somut adımların atılması gerekmektedir. Nitekim 10 Kasım 1989'dan önce işlenen fiillerin soruşturulması için Parlamentoda bir komisyon da görevlendirilmiş, komisyon 14 Mayıs 1990 tarihinde Jivkov'un yönetici sınıfının 1984-85'te yürütülen asimilasyon politikasından ve 1989'daki etnik temizlikten suçlandığını duyurmuştur²¹⁷. Ancak Bulgaristan Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi Ceza Kanununda yer alan ve 9 Eylül 1944 ile 10 Kasım 1989 tarihleri arasında Bulgaristan Komünist Partisi yahut da yöneticiler ve partililerce işlenen ağır suçların zaman aşımı dışında tutulması yönündeki düzenlemeyi 2016 yılında anayasaya aykırı bularak iptal etmiştir²¹⁸. Bunun yanında 27 Ağustos 1990'da Bulgaristan Komünist Parti Binasında çıkan ve uzun bir süre boyunca söndürülmeyen yangın etnik temizlik ve asimilasyon kampanyası boyunca –aslında çoğunlukla

²¹³ Bulgaristan Parlamentosu, '41. Ulusal Meclis Açıklaması', 11 Ocak 2012, <<https://www.parliament.bg/bg/declaration/ID/13813>> Erişim Tarihi 3 Kasım 2023.

²¹⁴ Kalinova, s. 584.

²¹⁵ Kamusella, s. 161.

²¹⁶ Kamusella, s. 161, 94, 140, 169.

²¹⁷ Kamusella, s. 89.

²¹⁸ Bulgaristan Cumhuriyeti Ceza Kanunu, md. 79, <www.mlsp.government.bg/uploads/1/blgarsko-zakonodatelstvo/en/criminal-code.pdf> Erişim Tarihi 13 Kasım 2023; Kamusella, s. 161.

telefonla verilen emirlerle, arkada resmî belge bırakmaksızın- yürütülen işlemlerden geriye kalan belgeleri de ortadan kaldırmıştır²¹⁹. Dolayısıyla bu tür bir iddianın hem ileri sürülebilmesinin hem de ispat edilebilmesinin önünde engeller bulunmaktadır.

Konumuz kapsamındaki dönemde ihlallerin uluslararası hukuk bakımından ne gibi sonuçlar doğurmuş olduğunun tartışılması için hukukî ve cezaî sorumluluk bakımından ayrı ayrı değerlendirme yapmakta fayda vardır. Hukukî bakımından devletin sorumluluğunun esasları 2001 yılında Uluslararası Hukuk Komisyonu tarafından taslak haline getirilen Devletin Uluslararası Haksız Fiilinden Kaynaklanan Sorumluluğuna ilişkin maddelerde yer almaktadır²²⁰. Komisyon taslağının ilk iki maddesine göre icraî yahut ihmalî surette işlenen bir davranış, devlete isnat edilebiliyor ve devletin davranışın gerçekleştiği anda mevcut olan bir uluslararası yükümlülüğünü ihlal ediyor ise uluslararası haksız fiil teşkil eder. Bir uluslararası haksız fiilin devlete isnat edilebilmesi için bunun devlet organlarınca, devlet organlarına tâbi birimlerce yahut da devlet organlarının veya bu organlara bağlı birimlerin denetiminde faaliyet gösterenlerce işlenmesi gerekir²²¹. Sorumluluğun diğer bir şartı uluslararası hukuktan kaynaklanan yükümlülüğün varlığıdır. Yükümlülüğün uluslararası hukukun hangi kaynağından doğduğunun veya niteliğinin önemli olmadığı belirtilir²²². Ancak ilgili yükümlülüğün ihlalinin devletin sorumluluğunu doğurabilmesi için, fiilin gerçekleştiği esnada devlet o yükümlülükle bağlanmış olmalıdır²²³.

Bulgaristan'daki Müslüman Türklerin hakları soya dönüş süreci çerçevesinde geniş bir biçimde ihlal edilmiştir. Bunların içinde hem bireysel hem kolektif nitelikli haklar bulunmaktadır. Bulgaristan Türklerinin azınlık statüsü hakkında farklı yaklaşımlar varsa da²²⁴, BM azınlık statüsünün

²¹⁹ Kamusella, s. 89, 94.

²²⁰ Uluslararası Hukuk Komisyonu, Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with Commentaries, Yearbook of the International Law Commission, 2001, Vol. II, Part Two, ss. 30-143. Bundan sonra "Sorumluluk Maddeleri" olarak anılacaktır. Türkçe çeviri için bkz Hakkı Hakan Erkiner, *Devletin Haksız Fiilden Kaynaklanan Uluslararası Sorumluluğu*, 2. Bası, Seçkin Yayıncılık, 2023.

²²¹ Erkiner, s. 114.

²²² Elif Uzun, *Milletlerarası Hukuka Aykırı Eylemlerinden Dolayı Devletin Sorumluluğu*, 3. Bası, Seçkin Yayıncılık, 2021, s. 60.

²²³ Uzun, s. 61.

²²⁴ Kader Özlem, "1925 Türkiye-Bulgaristan Dostluk Antlaşması'nın Bulgaristan Türklerinin Azınlık Hakları Bağlamında Analizi", Kamuran Reçber, Barış Özdal ve Zeynep Özgenc

yalnızca devletin kararına bağlı olmadığını, bunun ortak etniklik, din, dil gibi objektif ve bireylerin kendilerini azınlığın üyesi olarak tanımlamaları gibi subjektif ölçütlerin sağlanmasına dayandığını kabul etmektedir.²²⁵ Biz çalışmada azınlık statüsüne ilişkin bir değerlendirme yapmayacak olsak da Bulgaristan'ın kurulmasından bu yana imzaladığı andlaşmalarda Türk ve Müslüman nüfusu da içine alan azınlıkların haklarının korunmasına yönelik hükümlerin yer aldığını belirtmek gerekir. Bunlar 1878 Berlin Barış Andlaşmasının 4 ve 5. maddeleri²²⁶, 1909 Bulgaristan ve Osmanlı İmparatorluğu arasındaki İstanbul Protokolü ve Sözleşmesi²²⁷ ile 1919 Neuilly Andlaşmasında yer alan azınlık haklarına ilişkin düzenlemeler²²⁸, 1925 Türkiye-Bulgaristan Dostluk Andlaşması, Ekli Protokolü ve yine buna ekli Oturma Sözleşmesi²²⁹ ile 1947 Bulgaristan Barış Andlaşmasıdır²³⁰. Azınlık haklarından ziyade azınlıkların karşılıklı tanınmasına ilişkin 1968 tarihli Türkiye-Bulgaristan Göç Andlaşması da bir başka örnek olarak gösterilir²³¹. Aslında Bulgaristan'ın taraf olduğu bu andlaşmalar azınlık statüsünü ve söz konusu grup üyelerinin hakları bakımından yükümlülüklerin üstlenilmesini içermektedir. Bu andlaşmaların yanı sıra BM'nin kurulmasından itibaren hazırlanıp imzaya açılan birçok uluslararası insan hakları andlaşması da mevcuttur ve Bulgaristan soya dönüş sürecinde Her Türlü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme, Medenî ve Siyasî Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme, Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara

(Ed), *Prof. Dr. Mehmet Genç'e Armağan*, Dora, 2016, s. 538; Bates, s. 218-219; Ataöv, s. 148; Vildane Özkan Ahmadian Dishkedouki (Dinç), "Bulgaristan'da İnsanlığa Karşı İşlenen Büyük Suçun Sadece 'Asimilasyon' Adı Altında Kınanması ve Devam Eden Mağduriyet" Ayça Günkut Vurucu, Gürsoy Akça ve İkbâl Vurucu (Ed), *Doğudan Batıya: Devletler, Toplumlar, Farklılıklar*, Aygan, 2016, s. 420-421.

²²⁵ BM İnsan Hakları Yüksek Komiserliği, "Minority Rights: International Standards and Guidance for Implementation", 2010, BM Belge HR/PUB/10/3, s. 2-3.

²²⁶ İngiltere, Almanya, Fransa, İtalya, Rusya ve Türkiye Arasında Doğudaki İlişkilerin Kararlaştırılması Andlaşması, 13 Temmuz 1878, <https://archive.org/stream/jstor-2212670/2212670_djvu.txt> Erişim Tarihi 3 Kasım 2023.

²²⁷ Özlem, s. 538; Ataöv, s. 148-149.

²²⁸ İbrahim Kamil, "Neuilly Barış Antlaşması ve Bulgaristan-Yunanistan Nüfus Mübadelesi (1919-1927)", *Ankara Üniversitesi Türk İnkılap Tarihi Enstitüsü Atatürk Yolu Dergisi*, 60, 2017, s. 103.

²²⁹ İsmail Soysal, *Tarihçeleri ve Açıklamaları ile birlikte Türkiye'nin Siyasal Andlaşmaları I. Cilt(1920-1945)*, 3. Bası, Türk Tarih Kurumu, 2000, s. 263-271.

²³⁰ Bulgaristan'la Barış Andlaşması, 10 Şubat 1947, <https://avalon.law.yale.edu/20th_century/usmu012.asp> Erişim Tarihi 14 Kasım 2023.

²³¹ Ataöv, s. 149.

İlişkin Uluslararası Sözleşme'ye taraf olması nedeniyle bunlarla bağlıdır²³².

Bulgaristan yönetimi bu sözleşmelerde yer alan kişi özgürlüğü, düşünce, vicdan ve din özgürlüğü, haberleşme özgürlüğü gibi temel nitelikli hak ve özgürlükleri sistematik ve ayrımcılığa dayalı bir biçimde ihlal ederek söz konusu soya dönüş sürecini yürütmüştür. Bireysel hakların yanı sıra Medenî ve Siyasî Haklar Sözleşmesinin 27. maddesinde yer alan “etnik, dinsel ya da dilsel azınlıkların buldukları devletlerdeki azınlık mensuplarının kendi kültürlerini yaşama, dinlerine inanma ve buna ibadet etme ve dillerini kullanma” hakları da ihlal edilmiştir. Her Türlü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme'nin 1. maddesinde ırk ayrımcılığının “ırk, renk, soy ya da ulusal veya etnik kökene dayalı her türlü ayırım, dışlama” olarak geniş biçimde anlaşılması dolayısıyla tümünden ihlal edildiğini söylemek de mümkündür.

Bulgaristan'ın o dönemde taraf olduğu sözleşmelerden kaynaklanan uluslararası yükümlülükleri vardır. Sorumluluk Maddelerinin uluslararası sorumluluğu hem kodifiye eden hem de tedrici gelişimini sağlayan yanı düşünülüğünde uluslararası hukukta sözleşmelerden kaynaklanan yükümlülüklerin bu sözleşmelere özgü bir denetim mekanizması ayrıca kurulmamış olsa da o dönemki ihlaller yönünden devletlerin sorumluluklarına gidilmesi imkânı bulunmaktaydı. Denetim mekanizmaları bakımından bir değerlendirme yapılacak olursa da Her Türlü Irk Ayrımcılığının Önlenmesi Komitesi'nin yetkisi 1993'te yapılan bir açıklama ile kabul edilmiştir ancak söz konusu protokol henüz yürürlüğe girmemiştir²³³. Bunun yanı sıra Medenî ve Siyasî Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme ile Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme'nin denetim mekanizmalarının yetkilendirilmesine dair ek protokollerine de 1990 sonrasında taraf olunmuştur²³⁴. Sözleşmelerle tesis edilen denetim mekanizmaları dışında Bulgaristan'ın uluslararası sorumluluğuna uluslararası teamül hukuku kapsamında gidilebilirse de bu durum bireysel yahut kolektif

²³² BM İnsan Hakları Yüksek Komiserliği, <<https://www.ohchr.org/en/countries/bulgaria>> Erişim Tarihi 14 Kasım 2023; Ataöv, s. 149.

²³³ BM, Genel Kurulu Res 47/111, (Her Türlü Irk Ayrımcılığının Önlenmesi Sözleşmesi – 8. maddenin değiştirilmesi), 5 Nisan 1993, BM Belge A/RES/47/111, s. 2.

²³⁴ Medenî ve Siyasî Haklara İlişkin Sözleşmeye Ek İhtiyarî Protokol, 19 Aralık 1966, 999 BM Sözleşmeler Serisi 171; Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Sözleşmeye Ek İhtiyarî Protokol, 10 Aralık 2002, 2922 BM Sözleşmeler Serisi 29.

olarak -uluslararası hukukun organları olarak²³⁵- devletler tarafından işletilebilecektir. Hem o dönem itibarıyla kapalı bir rejiminin bulunması hem de söz konusu yükümlülüklerin diğer devletlerle karşılıklı nitelikte olmayan yükümlülükler olması dolayısıyla²³⁶ bu ihtimalin gerçekleşmekten uzak olduğu anlaşılmaktadır.

Bulgaristan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne 1992 yılında taraf olmuş ve Sözleşmeye ek 11 Nolu Protokolü 1998 yılında yürürlüğe koymuştur²³⁷. Sözleşmenin zaman bakımından yargı yetkisi sözleşmenin yürürlüğe girmesiyle başlar²³⁸. Ancak AİHM'nin yaşam hakkı ihlallerinde zaman bakımından yargı yetkisinin genişletilmesini tartışan iki kararı burada örnek olarak anmak gerekir. *Šilih v. Slovenya* kararında Mahkeme, ölümün yürürlüğe girme tarihinden önce gerçekleşmesine rağmen etkin soruşturma yürütülmesine dair prosedürel işlemlerin ve soruşturma ihmallerinin yürürlük tarihinden sonra gerçekleşmesi söz konusu olursa zaman bakımından yetkisi bulunabileceğini belirtmiştir²³⁹. Bunun yanında ölüm ile yürürlük tarihi arasında gerçek bir bağ bulunmalı, yani 2. maddede öngörülen prosedürel yükümlülüklerin önemli bir kısmı sözleşmenin yürürlük tarihinden sonra yerine getirilmiş olmalıdır²⁴⁰. Mahkeme 2. madde kapsamında etkin bir soruşturma yürütülmesine dair prosedürel yükümlülüğü ayrı ve otonom bir görev olarak ele almaktadır²⁴¹. Diğeri ise 1940 yılında Sovyetler Birliği tarafından gerçekleştirilen Katyn Katliamına dair *Janowiec ve Diğerleri v. Rusya* kararıdır. Bu kararda Mahkeme yürürlük tarihi ile ölüm arasındaki gerçek bağı tespit edememiş ve kendisini zaman bakımından yetkili

²³⁵ Gökhan Güneysu, "Uluslararası Hukuka Sosyolojik Bakış: Georges Scelle ve Uluslararası Hukuk Kuramı", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 16(Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan), 2014, s. 4127.

²³⁶ İnsan hakları andlaşmalarından kaynaklanan yükümlülüklerin uluslararası hukukta sorumluluk çerçevesinde değerlendirilmesi hakkında bkz Helen Keller ve Reto Walther, "Evasion of the international law of state responsibility? The ECtHR's jurisprudence on positive and preventive obligations under Article 3", *The International Journal of Human Rights*, 24(7), 2019, s. 958.

²³⁷ Avrupa Konseyi Sözleşmeleri Listesi <<https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list>> Erişim Tarihi 2 Ekim 2023.

²³⁸ *Janowiec ve Diğerleri v Rusya* Başvuru no 55508/07, 29520/09, AİHM, 21 Ekim 2013, p. 128, 130.

²³⁹ *Šilih v Slovenya* Başvuru no 71463/01, AİHM, 9 Nisan 2009, p. 162.

²⁴⁰ *Šilih v Slovenya* Başvuru no 71463/01, AİHM, 9 Nisan 2009, p. 163.

²⁴¹ *Šilih v Slovenya* Başvuru no 71463/01, AİHM, 9 Nisan 2009, p. 159.

grmemiřtir²⁴². Ancak bu karara birleşik karşı oy sunan yargıçlar bireysel olarak mağdurların haklarının yanında ağır insan hakları ve ciddi insancıl hukuk ihlallerinin soruşturulması ve kovuşturulması ykmllgnn bir ulusun kendi geçmişinden dersler çıkarması ve cezasızlıkla mücadele edilmesi yoluyla esasen kamu yararına hizmet ettiğini savunmuřlardır²⁴³. Söz konusu dönemdeki yaşam hakkı ihlallerinin, prosedürel işlemler veya soruşturmaya ilişkin ihmallerin AİHM'nin yargı yetkisinin doğmasından sonra gerekleşişmiş olması halinde kendi içtihadı doğrultusunda Mahkemenin zaman yönünden yargı yetkisi içinde kalması mümkündür.

Uluslararası insancıl hukuku ihlal eden fiillerle etnik temizliğin gerçekleştirilebileceğine değinilmişti. Bu yönden bakıldığındaysa 1989 göçüne neden olan olaylar uluslararası bir silahlı çatışma teşkil etmemektedir. Bulgaristan 1977 tarihli uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalarda uygulanacak kuralları belirleyen 1 nolu Cenevre Protokolünü 1989'un sonlarına doğru onaylamış ve bu kapsamda kurulan Uluslararası Araştırma (*fact-finding*) Komisyonunun yetkisini 1994 itibarıyla kabul etmiřtir²⁴⁴. Dolayısıyla söz konusu fiiller anılan Protokol kapsamında olsa bile uluslararası insancıl hukuktan kaynaklanan yükümlülüklerin ihlali olarak değerlendirilemeyecektir.

İnsanlığa karşı suçlar, diğer uluslararası suçlarla birlikte, Roma Statsyle Uluslararası Ceza Mahkemesinin kurulmasına kadar uluslararası alanda *ad hoc* nitelikli ve olayların gerekleşişmesinden sonra kurulan yargı mercilerince yargılamaya konu edilmiştir. Dolayısıyla bu tür bir yargı yerinin yetkilendirilmemiş olması söz konusu fiillerden uluslararası cezaî sorumluluğun işletilmesinin önüne geçmektedir. Çalışmamıza konu olaylara özgü bir yargı yeri kurulmamış hatta o dönem itibarıyla BM GvK henüz kendisinin uluslararası ceza mahkemesi kurma yetkisinin bulunduğunu onaylamamıştır. BM GvK tarafından bu pratiğin gerçekleştirilmesi yaklaşık 3 yıl sonrayı bulacak ve Eski Yugoslavya'da yaşanan olayların araştırılmasından sonra GvK bunların yargılanmasına ilişkin bir uluslararası ceza mahkemesi

²⁴² *Janowiec ve Diğerleri v Rusya* Başvuru no 55508/07, 29520/09, AİHM, 21 Ekim 2013, p. 160-161.

²⁴³ William Schabas, *The European Convention on Human Rights A Commentary*, Oxford University Press, 2015, s. 139.

²⁴⁴ Uluslararası Kızılhaç Komitesi Veri Tabanı, Konvansiyonlar, Taraf Devletler ve şerhler <https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/States.xsp?xp_viewStates=XPages_NORMStatesParties&xp_treatySelected=470#divArticle90> Erişim Tarihi 5 Ekim 2023.

kuracaktır.

Bu noktada Kamusella'nın etnik temizliğin suç haline geldiği/getirildiği sürece ilişkin değerlendirmelerine başvurmakta fayda görüyoruz. Yazara göre zorunlu göç hareketlerinin nüfus transferlerini içeren hukuka uygun kapsamı Eski Yugoslavya'nın parçalanması sırasında yaşananlarla bir suç haline gelmiştir²⁴⁵. Dolayısıyla 1989'da yaşananlar etnik temizliğin insanlığa karşı suç oluşturmaya başlamadan önceki, henüz uluslararası alanda tanımlanmamış olduğu dönemine aittir²⁴⁶. Ancak bu noktada belirtmek gerekir ki 1989 olayları tek başına bir nüfusun transferi değil en başından kimliği reddedilen ve değiştirilmek istenen bir topluluğun Bulgarlaştırılması, bunun başarısız olduğu noktada da ülkeden göçe zorlanmasını içerir. Bunun öncesinde uzun yıllar süren yaygın ve sistematik insan hakları ihlalleriyle ülkenin terk edilmesi garanti altına alınmış olmaktadır. Eski Yugoslavya'nın parçalanması öncesinde de etnik temizlik kapsamındaki fiiller uluslararası hukuka aykırılık teşkil etmekteydi. Bu nedenle 1989 ve 1984-85 dönemindeki fiillerin uluslararası hukuka aykırı olmaları için uluslararası suç olarak düzenlenmiş olmaları şart değildir. Suç teşkil etmeksizin de uluslararası hukuku ihlal etmeleri mümkündür. Zira etnik temizliğin söz konusu olması için etniklik kökeninde ayrılan bir grubun ülke topraklarının tamamından veya bir kısmından yıldırma veya korkutma yöntemleriyle çıkarılmaları hedeflenmelidir. Bu halde bu çıkarma sistematik hak ihlalleriyle de sağlanabilecektir.

SONUÇ

Tarihsel bir değerlendirme etnik temizliğin oldukça eski örneklerine rastlanabildiğini göstermektedir. Kavram olarak ise 1990'lı yıllarda Eski Yugoslavya'nın dağılması sürecinde yaşananlarla uluslararası hukukta yer edinmeye başlamıştır. Bu kapsamda etniklik temelinde ayırt edilebilen bir grubun bir ülke üzerinden yıldırma veya korkutmaya dayalı yollarla çıkarılmasını hedefleyen eylemler etnik temizlik sonucunu doğurabilmektedir.

Uluslararası mahkemelerin statüleri ve içtihatları, BM organlarının kararları ile doktrinin değerlendirmeleri etnik temizlik sonucunu ortaya çıkaran hukuka aykırılıkların iki grupta toplanabileceğini işaret etmektedir. İlk kategori dar anlamda etnik temizlik kategorisi olarak uluslararası suçların maddi unsurları arasında sayılan zorla yerinden etme, nüfus transferi fiilleridir.

²⁴⁵ Kamusella, s. 13.

²⁴⁶ Kamusella, s. 141.

Bunlar, yetkisine girdikleri mahkemenin statüsüne göre diğerk şart ve gerekleri sağladıklarında uluslararası ceza hukuku kapsamında cezalandırılabilen suç fiillerini oluşturmaktadır. Geniş anlamda etnik temizlik ise içeriğinde uluslararası insancıl hukuk ve insan hakları hukukunun ihlallerini barındırır. Belli bir ülkeden etniklik temelinde ayrılabilen bir insan grubunun çıkarılması amacına yönelen ihlaller, yıldırma veya korkutma ile ilgili insan topluluğunun ülkeden çıkarılması sonucuna vardığında etnik temizlik gerçekleşmiş olmaktadır.

1989 göçüne varan süreç yönünden yapılan değerlendirmede, hedef alınan nüfusun ülke nüfusunun geri kalanından etniklik temelinde farklı özelliklere sahip olduğu görülmektedir. Bu dönemde Türkçenin eğitim ve isimlerde kullanılmasının engellenmesi, Müslüman ibadet yerleri ve mezarlıklara saldırılması, grubun nde gelenlerinin zorla tutulması gibi fiiller insan haklarının bir hedef doğrultusunda ihlal edildiğini Türkiye'ye gn teşviki için pasaport düzenlenmesi ve sınırların açılmasının sağlanmasıyla ortaya koymuştur. Dolayısıyla Bulgaristan'da "soya dönüş süreci" kapsamında gerçekleştirilen devlet uygulamalarında insan haklarının ayrımcılığa dayalı ve sistematik biçimde ihlalinin söz konusu olduğu, bu durumun sonrasında yaşanan zorunlu gle birlikte geniş anlamıyla etnik temizliğin bir rneği olduğu görülmektedir.

KAYNAKÇA

- Abtahi H ve Webb P, *The Genocide Convention The Travaux Préparatoires*, Martinus Nijhoff Publishers 2008.
- Aksar Y, "Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Uygulamalarına Genel Bir Bakış", *Uluslararası Hukuk ve Politika*, 1(3), 2005, s. 1-14.
- Ambos K, *Rome Statute of the International Criminal Court: Article-by-Article Commentary*, 4. Bası, Beck, Hart, and Nomos, 2022.
- Ambos K, *Treatise on International Criminal Law, C. II The Crimes and Sentencing*, Oxford University Press 2014.
- Ataöv T, "The Turks of Bulgaria", *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, 44(1), 1989, s. 135-152.
- Aybay R, "Bosna Hersek İnsan Hakları Mahkemesi'nin Srebrenitsa Toplukıyımı Kararı", *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2, 2007, s. 67-79.
- Bates D G, "What's in a Name? Minorities, Identity, and Politics in Bulgaria", *Identities*, 1(2-3), 1994, s. 201-225.
- Bell-Fialkoff A, "A Brief History of Ethnic Cleansing", *Foreign Affairs*, 72(3), 1993, s. 110-121.
- BM Genel Kurulu, "Res 47/121", 7 Nisan 1993, BM Belge A/RES/47/121
- BM Genel Sekreterliği, "Guidance Note on United Nations Approach to Transitional Justice", 2010
- BM GenK ve GüvK, "Human Rights Questions: Human Rights Situations and Reports of the Special Rapporteurs and Representatives Situation of Human Rights in the Territory of the Former Yugoslavia Note by the Secretary-General", 17 Kasım 1992, BM Belge A/47/666 S/24809
- BM Güvenlik Konseyi, "Res 819", 16 Nisan 1993, BM Belge S/RES/819
- BM İnsan Hakları Komitesi, "Report of the Special Rapporteur Tadeusz Mazowiecki", 28 Ağustos 1992, BM Belge E/CN.4/1992/S-1/9
- BM İnsan Hakları Komitesi, "Report of the Special Rapporteur Tadeusz Mazowiecki", 10 Şubat 1993, BM Belge E/CN.4/1993/50
- BM İnsan Hakları Komitesi, "Report of the Special Rapporteur Tadeusz Mazowiecki", 6 Eylül 1993, BM Belge E/CN.4/1994/8
- BM İnsan Hakları Yüksek Komiserliği, "Minority Rights: International

- Standards and Guidance for Implementation”, 2010, BM Belge HR/PUB/10/3
- BM, “Final Report of the Commission of Experts Established Pursuant to Security Council Resolution 780 (1992)”, 27 Mayıs 1994, BM Belge S/1994/674
- BM, “Report of the International Commission of Inquiry on Darfur to the United Nations Secretary-General pursuant to Security Council Resolution 1564 (18 September 2004)”, 25 Ocak 2005
- BM, Genel Kurulu Res 47/111, (Her Trl Irk Ayrımcılığının nlenmesi Sözleşmesi – 8. maddenin değiştirilmesi), 5 Nisan 1993, BM Belge A/RES/47/111
- Carmichael C, *Ethnic Cleansing in the Balkans Nationalism and the Destruction of Tradition*, Routledge 2002.
- Cassese A, *International Criminal Law*, Oxford University Press 2003.
- Chetail V, “Is There any Blood on my Hands? Deportation as a Crime of International Law”, *Leiden Journal of International Law*, 29(3), 2016, s. 917-943.
- Değirmenci O, “Uluslararası Ceza Mahkemelerinin Kararları Işığında Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Soykırım Suçu”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 70, 2007, s. 50-111.
- Dimitrov V, “In Search of a Homogeneous Nation: The Assimilation of Bulgaria’s Turkish Minority, 1984-1985”, *Journal on Ethnopolitics and Minority Issues in Europe*, 2, 2002, s. 2-22.
- Doğan İ, “1948 Soykırımın nlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi Geriye Yürütülebilir Mi (Ermeni Olayları Açısından Bir Değerlendirme)”, İlyas Doğan (Ed.), *Uluslararası Hukuk Boyutuyla 1915 Olayları*, Astana, 2016, s. 297-327.
- Elekdağ S, “13 Yıldır Beklenen Karar: Soykırım Sözleşmesi’ne Dayanılarak Uluslararası Adalet Divanı’nın önüne Getirilen İlk Dava”, *Uluslararası Suçlar ve Tarih*, 1, 2006, s. 211-253.
- Erdem M R, Tezcan D ve nok R M, *Uluslararası Ceza Hukuku*, 6. Bası, Seçkin Yayıncılık 2021.
- Erkiner H H, *Devletin Haksız Fiilden Kaynaklanan Uluslararası Sorumluluğu*, On İki Levha 2010.

- Güneysu G, "Uluslararası Hukuka Sosyolojik Bakış: Georges Scelle ve Uluslararası Hukuk Kuramı", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 16(Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan), 2014, s. 4117-4137.
- Hughes J, "Genocide", Cordell K ve Wolff S (Ed), *Routledge Handbook of Ethnic Conflict*, 2. Bası, Routledge 2011, s. 122-139.
- Jenne E K, "The Causes and Consequences of Ethnic Cleansing", Cordell K ve Wolff S (Ed), *Routledge Handbook of Ethnic Conflict*, 2. Bası, Routledge 2011, s. 112-121.
- Kalinova E, "Remembering the 'Revival Process' in Post-1989 Bulgaria" Todorova M, Dimou A ve Troebst S (Ed), *Remembering Communism, Private and Public Recollections of Lived Experience in Southeast Europe*, Central European University Press 2014, s. 568-593.
- Kamil İ, "Neuilly Barış Antlaşması ve Bulgaristan-Yunanistan Nüfus Mübadelesi (1919-1927)", *Ankara Üniversitesi Türk İnkılap Tarihi Enstitüsü Atatürk Yolu Dergisi*, 60, 2017, s. 91-118.
- Kamusella T, *Ethnic Cleansing During The Cold War The Forgotten 1989 Expulsion of Turks From Communist Bulgaria*, Routledge 2019.
- Kreß C, "The Crime of Genocide under International Law", *International Criminal Law Review*, 6(4), 2006, s. 461-502.
- Kutlay M, "The Turks of Bulgaria: An Outlier Case of Forced Migration and Voluntary Return", *International Migration*, 55(2), 2017, s. 162-179.
- Lieberman B, "'Ethnic Cleansing' versus Genocide?", Bloxham D ve Moses A D (Ed), *The Oxford Handbook of Genocide Studies*, Oxford University Press 2010, s. 42-60.
- Lieberman B, *Korkunç Kader, Modern Avrupa'nın Oluşumunda Etnik Temizlik*, Tanla Kurt D (çev), Heretik Basım Yayın 2016.
- Mahon M, "The Turkish Minority under Communist Bulgaria-Politics of Ethnicity and Power", *Journal of Southern Europe and the Balkans*, 1(2), 1999, s. 149-162.
- Martin T, "The Origins of Soviet Ethnic Cleansing", *Journal of Modern History*, 70(4), 1998, s. 813-861.
- Mettraux G, *International Crimes Law and Practice Volume I Genocide*, Oxford University Press 2019.

- Müdahale ve Devlet Egemenliği Uluslararası Komisyonu, “Koruma Sorumluluğu”, International Development Research Center 2001.
- Naimark N, “Ethnic Cleansing”, *SciencesPo*, 4 Kasım 2007, <<https://www.sciencespo.fr/mass-violence-war-massacre-resistance/en/document/ethnic-cleansing-0.html>>, Erişim Tarihi 17 Kasım 2023.
- Özkan Ahmadian Dishkedouki (Dinç) V, “1980’lerde Bulgaristan Devleti’nin Nüfus Politikaları Kapsamında Sınırdışı Etmeler “Göç” mü?”, Boykoy S (Ed), *25. Yılında Bulgaristan’dan 1989 Göçü*, Nilüfer Belediyesi Yayınları 2015, s. 40-47.
- Özkan Ahmadian Dishkedouki (Dinç) V, “Bulgaristan’da İnsanlığa Karşı İşlenen Büyük Suçun Sadece ‘Asimilasyon’ Adı Altında Kınanması ve Devam Eden Mağduriyet”, Günkut Vurucu A, Akça G ve Vurucu İ (Ed), *Doğudan Batıya: Devletler, Toplumlar, Farklılıklar*, Aygan 2016, s. 415-438.
- Özlem K, “1925 Türkiye-Bulgaristan Dostluk Antlaşması’nın Bulgaristan Türklerinin Azınlık Hakları Bağlamında Analizi” Reçber K, Özdal B ve Özgenç Z (Ed), *Prof. Dr. Mehmet Genç’e Armağan*, Dora 2016, s. 535-549.
- Özsu U, “Fabricating Fidelity: Nation-Building, International Law, and the Greek-Turkish Population Exchange”, *Leiden Journal of International Law*, 24, 2011.
- Pégorier C, “The Legal Qualification of Ethnic Cleansing”, Doktora Tezi, Exeter Üniversitesi 2010.
- Petrovic D, “Ethnic Cleansing-An Attempt at Methodology”, *EJIL*, 5(3), 1994, s. 342-359.
- Posner E A ve Vermeule A, “Reparations for Slavery and Other Historical Injustices”, *Columbia Law Review*, 103(3), 2003, s. 689-747.
- Quigley J, “State Responsibility for Ethnic Cleansing”, *U.C. Davis Law Review*, 32(2), 1999, s. 341-388.
- Reçber S, *İnsancıl Müdahale ve Koruma Sorumluluğu*, On İki Levha 2016.
- Schabas W A, *Genocide in International Law The Crime of Crimes*, 2. Bası, Cambridge University Press 2009.
- Schabas W, “Problems of International Codification – Were the Atrocities in Cambodia and Kosovo Genocide?”, *New England Law Review*, 35(2),

2001, s. 287-302.

Schabas W, *The European Convention on Human Rights A Commentary*, Oxford University Press 2015.

Semelin J, *Arındırma ve Yok Etme: Katliam ve Soykırımın Siyasi Kullanımları*, Melike Işık Durmaz (Çev.), İletişim Yayınları, 2011.

Sirkin M, "Expanding the Crime of Genocide to Include Ethnic Cleansing: A Return to Established Principles in Light of Contemporary Interpretations", *Seattle University Law Review*, 33(2), 2010, s. 489-526.

Soysal İ, *Tarihçeleri ve Açıklamaları ile birlikte Türkiye'nin Siyasal Andlaşmaları I. Cilt(1920-1945)*, 3. Bası, Türk Tarih Kurumu 2000.

Steinfeld M, "When Ethnic Cleansing is not Genocide: A Critical Appraisal of the ICJ's Ruling in *Croatia v. Serbia* in relation to Deportation and Population Transfer", *Leiden Journal of International Law*, 28(4), 2015, s. 937-944.

Şahin B, "Adı Konulmamış bir Soykırım: Liberya İç Savaşı", Çakmak C, Çolak F G ve Güneysu G (Ed), *20. Yüzyılda Soykırım ve Etnik Temizlik*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları 2014, s. 131-157.

Töner Şen S, *Uluslararası Hukukta Soykırım, Etnik Temizlik ve Saldırı*, On İki Levha 2010.

Uraz O, *Classifying Genocide in International Law The Substantiality Requirement*, Routledge 2023.

Uzun E, *Milletlerarası Hukuka Aykırı Eylemlerinden Dolayı Devletin Sorumluluğu*, 3. Bası, Seçkin Yayıncılık, 2021.

Vajda M M, "Ethnic Cleansing as Genocide- Assessing the Croatian Genocide Case before the ICJ", *International Criminal Law Review*, 15(1), 2015, s. 147-169.

Vassilev R, "Restoring the Ethnolinguistic Rights of Bulgaria's Turkish Minority", *Ethnopolitics: Formerly Global Review of Ethnopolitics*, 9(3-4), 2010, s. 295-309.

Warhola J W ve Boteva O, "The Turkish Minority in Contemporary Bulgaria", *Nationalities Papers: The Journal of Nationalism and Ethnicity*, 31(3), 2003, s. 255-279.

Hukuk Fakültesi Dergisi

Ankara Hacı Bayram Veli University
Faculty of Law Review

ISSN: 2651-4141 e-ISSN: 2667-4068

Cilt / Volume XXVIII Temmuz / July 2024 Sayı / No. 3

1876'DAN GÜNÜMÜZE TÜRKİYE'DE PARLAMENTO İÇTÜZÜKLERİ VE İÇTÜZÜK DEĞİŞİKLİKLERİ

PARLIAMENTARY RULES OF PROCEDURES AND
AMENDMENTS TO THE RULES OF PROCEDURES IN TURKEY
FROM 1876 TO THE PRESENT

Gonca EROL*  

ÖZET

Yasama organının iç yapısını, çalışma düzenini ve işleyiş esaslarını düzenleyen içtüzükler, bir ülkenin demokrasisinin düzeyini etkileyen faktörlerden birisi olduğu için siyasal yaşamda önemli bir yere sahiptir. Bunun yanında, içtüzükler, bir ülkenin parlamento deneyimini ve birikimini çeşitli bakımlardan ortaya koyan belgeler olmaları nedeniyle de önemlidir. Zira bir ülkede içtüzüklerin gelişim serüvenini anlamak o ülkede parlamenter yaşamın gelişim serüvenini anlamaya da yardımcı olur. Bu bakımdan, bir asrı aşan bir deneyime sahip Türk parlamenter yaşamının geçmişini ve bugününü anlamada içtüzükler önemli bir kaynak teşkil etmektedir. Bu çalışmada, Türk parlamentoculuğunun yüzyılı aşan uygulamasında içtüzüklerin nasıl bir gelişim ve değişim seyri izlediği incelenmiştir. Türkiye Cumhuriyeti tarihi boyunca hangi dönemlerde, hangi koşullarda, hangi ihtiyaçların ürünü olarak parlamento içtüzüklerinin yapıldığı ve bu içtüzüklerin hangi nedenlerle, ne yönde, hangi amaçlarla ve ne sıklıkla değiştirildiği, nasıl bir değişim süreci geçirdiği hususları araştırılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Parlamento, içtüzük, yasama, meclis, içtüzük değişikliği.

* **Dr. Öğr. Üyesi,** Ankara Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Anabilim Dalı/ANKARA, **E-posta:** goncaerol79@gmail.com, **ORCID:** 0000-0002-5170-4118, **DOI:** 10.34246/ahbvuhfd.1421014.

- **Atf Şekli/ Cite As:** Erol G, "1876'dan Günümüze Türkiye'de Parlamento İçtüzükleri ve İçtüzük Değişiklikleri", *AHBVÜ Hukuk Fakültesi Dergisi*, 28(3), 2024, s.315-370.
- **İntihal / Plagiarizm:** 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.*



ABSTRACT

The rules of procedures that regulate the structure, functioning order, and principles of operation of the legislative organ hold a significant place in political life because they are one of the factors influencing the level of democracy in a country. In addition, these rules of procedures are important documents that reveal a country's parliamentary experience and accumulation from various perspectives. Understanding the developmental journey of the rules of procedure in a country helps in comprehending the evolution of parliamentary life in that country. In this regard, the rules of procedure serve as an important source for understanding the past and present of Turkish parliamentary life, which has a history spanning more than a century. This study examines how the rules of procedure have evolved and changed in the century-long practice of Turkish parliamentarism. In this context, this article investigates, during the history of the Republic of Turkey, in which periods, under what conditions, as a product of what needs, parliamentary rules of procedures were made, for what reasons, in what direction, for what purposes and how often these internal regulations were changed, and what kind of change process they went through.

Keywords: Parliament, rules of procedure, legislation, assembly, amendment to the rules of procedure.

EXTENDED ABSTRACT

The rules of procedures (RoPs) that regulate the structure, functioning order, and principles of operation of the legislative organ hold a significant place in political life because they are one of the factors influencing the level of democracy in a country. In addition, these rules of procedures are important documents that reveal a country's parliamentary experience and accumulation from various perspectives. Understanding the developmental journey of the RoP in a country helps in comprehending the evolution of parliamentary life in that country. In this regard, the RoP serve as an important source for understanding the past and present of Turkish parliamentary life, which has a history spanning more than a century. This study examines how the RoPs have evolved and changed in the century-long practice of Turkish parliamentarism.

This study is composed of seven main headings, arranged chronologically based on periods when different constitutions were in effect and the interim periods that interrupted these periods. The first heading examines the parliamentary RoPs and amendments to them made during the period when the 1876 Constitution was in effect. Subsequent headings cover, respectively, the period of the 1921 Constitution, the period of the 1924 Constitution, the period of the 1960 military coup, the period of the 1961 Constitution, the period of the 1980 military coup, and finally, the period of the 1982 Constitution, examining parliamentary RoPs and changes made to these RoPs.

The most striking point in this study is the rarity of the creation of new RoPs in Turkey, which has a parliamentary tradition spanning over a century. In the century-long history of the republic (considering parliamentary RoPs of the 1961 period as one and setting aside the RoPs made during military coup periods), the RoPs have been

crafted only twice. Although each of the 1921, 1924, 1961 and 1982 Constitutions brought significant changes in the organization of the parliament and the duties and powers of the parliament compared to the previous constitution, a historical process in which constitutional amendments were followed by changes in the internal regulations was not fully realized. This situation does not stem from a lack of need or effort in this direction but appears to be due to the challenges encountered in creating new RoPs. Modifying and applying the previous ones has been a more preferred method in practice. In this regard, it can be said that the evolution of RoPs in Turkey has more frequently occurred through amendments rather than the creation of entirely new RoPs.

Many factors have influenced the change in the content of the RoPs. Firstly, a significant portion of the profound changes has stemmed from alterations in the constitutional system. Particularly, shifts in the responsibilities of the legislative body and changes in the relationship between the legislative and executive branches have led to radical changes in specific provisions of the RoPs.

Some changes in the RoPs are a product of the lessons learned from the internal workings of the legislature. The practical identification of the existing procedures as lacking, incorrect, inadequate, outdated, etc., has prompted the modification of these procedures. In this regard, the most frequently altered articles are those related to the establishment and functioning of legislative committees, as well as articles regulating the principles of deliberation in the General Assembly.

In Turkish parliaments, over time, but especially starting from the 1957 rules of procedure amendment, there has been a growing tendency to accelerate and shorten the deliberation processes. Initially, the RoPs did not explicitly contain provisions limiting the speaking durations or the number of times members of parliament could speak. However, over time, regulations specifying speaking durations, the number of members allowed to speak, the number of questions that can be asked, the days when questions will be addressed, and similar other limitations have been incorporated into the RoPs.

One of the common reasons cited for changes in the RoPs is to make parliamentary processes more efficient, ensuring the effective and rapid functioning of the legislature. In this context, some changes have indeed contributed to a faster and more efficient operation of the parliament. However, certain modifications made for these reasons have been criticized for being regulations aimed at suppressing the opposition's voice. Indeed, some of the changes subject to these accusations have been invalidated by the Turkish Constitutional Court on the grounds that they are not in line with the principles of a democratic rule of law.

In Turkey, one of the significant factors influencing the content and changes of the RoPs is the decisions of the Constitutional Court. The Constitutional Court plays a crucial role in the evolution of RoPs through both its decisions on RoP in action and its annulment decisions regarding changes made under the name of RoP.

GİRİŞ

Yasama organın iç yapısını, çalışma düzenini ve işleyiş esaslarını düzenleyen içtüzükler¹, yasamanın üstlenmiş olduğu görevleri ve sahip olduğu yetkileri hangi usullere göre yerine getireceğini ve kullanacağını gösteren kurallar bütünüdür.² Anayurt'un ifadesiyle, “*ıçtüzükler; yasama işlevinin yerine getirilmesiyle ilgili süreçleri, yasama düzenini sağlamaya yönelik ilke, usul ve yöntemleri belirleyen iç düzen işlemleridir.*”³

İçtüzük, yasama organının kendisi tarafından çıkarılan bir metindir. Yalnızca yasama organı üyeleri tarafından teklif edilebilir; yasama organında görüşülüp kabul edilir ve yine yasama organı tarafından yayımlatılarak yürürlüğe girer. İçtüzüğün yapımında veya değiştirilmesinde yürütme organının hiçbir müdahalesi söz konusu değildir. Yasama organının özerk bir biçimde kendi içtüzüğünü yapabiliyor olması onun “yöntemsel bağımsızlığı”nın bir gereğidir⁴ ve kuvvetler ayrılığına dayalı devlet örgütlenmesinde, yasama organının yürütme karşısındaki bağımsızlığını simgeler.⁵

Hukuki niteliği itibarıyla bir “parlamento kararı” olan içtüzüğün düzenleme alanı “meclis çalışmaları”yla sınırlandırılmıştır. Kişilere hak ve yükümlülükler getiren düzenlemeler içtüzük ile yapılamaz.⁶ Anayasa Mahkemesi içtüzüğün düzenleme alanını şöyle açıklamaktadır: “...konunun içtüzükle düzenlenebilmesi için onun Meclisin çalışma alanı içinde olması gereklidir. Meclislerin Anayasa gereği olarak görev ve yetkileri içinde

¹ Servet Armağan, *Memleketimizde İçtüzükler*, Fakülteler Matbaası, 1972, s.3; Şeref İba, *Parlamento Hukuku*, 6.Baskı, Turhan Kitabevi, 2017, s.70; Ergun Özbudun, “Parlamento Kararları ve Yasama Meclislerinin İçtüzükleri”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 26 (1-4), 1979, s. 16-17. Bülent Tanör ve Necmi Yüzbaşıoğlu, *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, 20.baskı, Beta Yay., 2021, s.252; Abdurrahman Eren, *Anayasa Hukuku Dersleri Genel Esaslar - Türk Anayasa Hukuku*, 5. Baskı, Seçkin Yay., 2023, s.756.

² Rona Aybay, “Yasama Meclislerinin İçtüzükleri”, *Türk Parlamentoculuğunun İlk Yüzyılı: 1876-1976* içinde, Haz. Siyasi İlimler Türk Derneği, Ajans Türk Gazetecilik ve Matbaacılık, 1976, s.283; İrfan Neziroğlu, *Türk Parlamento Hukukunun Temel Kavramları*, Seçkin Yay., 2008, s.215; Fahri Bakırcı v.dğr., *Parlamento Hukukuna Giriş*, 2.Baskı, Lykeion Yay., 2022, s.4; Hasan Tunç, *Türk Anayasa Hukuku*, 2.Baskı, Gazi Kitabevi, 2019, s.190.

³ Ömer Anayurt, *Anayasa Hukuku Genel Kısım (Temel İlkeler, Kavram ve Kurumlar)*, 6.Baskı, Seçkin Yay., 2023, s.681.

⁴ Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, 21.Baskı, Yetkin Yay., 2021, s.241; Şükrü Alpaslan, “İçtüzüklerin Hukuki Niteliği ve Anayasa Yargısındaki Yeri”, *İÜHF Mecmuası*, (1-4), 1976, s.63; Tunç, s.190; Anayurt, s.684.

⁵ Özbudun, *Türk Anayasa*, s.241; Tunç, s.190; Neziroğlu, s.215-216.

⁶ Özbudun, *Türk Anayasa*, s.242.

olmayan konulara ilişkin çalışmaların İçtüzük hükümleriyle düzenlenmesi ve o yoldan Meclislerin görev alanı içine sokulması olanaksızdır.”⁷

Günümüz demokrasilerinde yasama organı, asli işlevi olan kanun yapmak başta olmak üzere, milletlerarası anlaşmaları onaylamak, savaş ilanına karar vermek, olağanüstü hal ilanı kararlarını denetlemek, yürütme organını denetlemek, anayasa değişikliklerini görüşmek, çeşitli idari organlara ve yüksek mahkemelere üye seçmek gibi birçok önemli yetki ile donatılmıştır. Tüm bu yetkilerin kullanılması usulünü düzenleyen bir metin olduğundan, içtüzük, siyasal sistemin işleyişinde kilit bir rol üstlenir. Armağan’ın ifadesiyle “(y)asama meclisleri içtüzükleri, yalnız parlamento içi faaliyetlerde değil, o memleketin siyasi hayatının gelişme, şekil ve istikametinde de büyük rol oynarlar.”⁸ Böylesi önemli bir rol üstleniyor olması nedeniyle içtüzük, anayasa hukuku literatüründe “sessiz anayasa” olarak da ifade edilir.⁹

İçtüzükler, yasama organının kuruluşu, işleyişi, görev ve yetkilerine dair anayasanın belirlediği esasların, anayasaya uygun bir biçimde hayata geçirilmesini güvence altına alırlar.¹⁰ Ama aynı zamanda anayasaların içeriğini de doğrudan etkileyen metinlerdir. Zira parlamentoda içtüzüklerin uygulanması suretiyle elde edilen olumlu-olumsuz deneyimler kimi hallerde anayasa değişikliklerine kaynaklık edebilmektedir.¹¹

İçtüzükler bir ülkede iktidar-muhalefet ilişkisini, seçim sistemini, ülkedeki siyasal ortamı ve siyasal gelişmeleri de etkiler.¹² Örneğin Özbudun’a göre, Türkiye’de 1957’de yapılan ve muhalefetin meclisteki denetim olanaklarını kısıtlayan içtüzük değişiklikleri, iktidar-muhalefet ilişkilerinin hızla bozulmasına yol açmıştır. Dahası bu durum 1960 askeri darbesine yol açan koşulların oluşmasında büyük bir rol oynamıştır.¹³

İçtüzüğün siyasi partiler üzerinde ve genel olarak ülkenin siyasi parti

⁷ AYM, 22.02.1977, E.1977/6E., K.1977/14K.

⁸ Armağan, s.16.

⁹ Tarık Zafer Tunaya, *Siyasal Kurumlar ve Anayasa Hukuku*, 5.baskı, Araştırma, Eğitim, Ekin Yayınları, 1982, s.121; İba, *Parlamento Hukuku*, s.70; Erdoğan Teziç, *Anayasa Hukuku*, 16.Baskı, Beta Yay., 2013, s.70-71; Özbudun, *Türk Anayasa*, s.243; Anayurt, s.681.

¹⁰ Armağan, s.15.

¹¹ Bakırcı v.dğr., s.22-23; Armağan, s.15.

¹² Özbudun, “*Parlamento Kararları*”, s.17; Tunaya, s.121; Anayurt, s.681-682; Tanör/ Yüzbaşıoğlu, s.252.

¹³ Özbudun, *Türk Anayasa*, s.242-243.

rejimi üzerinde de etkileri vardır. Siyasi partilerin meclisteki rollerini, işlevlerini, yetki ve sorumluluklarını belirleyen nitelikteki hükümleri nedeniyle içtüzükler, siyasi partilerin örgütlenmesini, çalışma biçimlerini, politik hedeflerini ve taktiklerini şekillendirir.¹⁴

İçtüzük sadece meclis nezdinde veya yalnızca siyasal aktörler bakımından etki ve sonuçlar doğuran bir belge değildir; herkesi etkileyen sonuçlar üretir. Meclisin çalışma ve karar alma süreçleri, içtüzükte ne kadar demokratik, katılımcı, dengeli ve adil bir şekilde düzenlenmişse, yasama meclisinde ortaya çıkacak milli irade de o düzeyde gerçeğe uygun ve meşru olacaktır.¹⁵ Parlamentoda ortaya çıkan irade, ülkenin bugünü ve geleceğini biçimlendirdiğine göre, içtüzük sadece meclisi ve devlet organlarını değil, tüm kişileri ve yaşamın her alanını etkileyen sonuçlar üretebilen bir belgedir.

Bunun yanında, içtüzükler, bir ülkenin parlamento deneyimini ve birikimini çeşitli bakımlardan ortaya koyan belgeler olmaları nedeniyle de önemlidir. Nitekim içtüzükler, bir ülkede parlamenter yaşamın mevcut durumunu anlamak için başvurulacak temel kaynaklardan birisidir. Ancak yürürlükteki içtüzük metni kadar, bu metnin geçmişi, öncülleri yani tarihsel gelişimi, nasıl bir değişim seyri izlediği de önemlidir. Zira bir ülkede içtüzüklerin gelişim serüvenini anlamak o ülkede parlamenter yaşamın gelişim serüvenini anlamaya da yardımcı olur.

Türk parlamentoculuğu bir asrı aşan bir deneyime sahiptir ve bu süreçte yapılmış olan içtüzükler bu zengin birikimi ortaya koymaya, yorumlamaya yardımcı olabilecek temel kaynaklar arasında yer alır. Dahası, yukarıda açıklanan çok yönlü etkileri nedeniyle, ülkemizin parlamento deneyimini etkileyen dolayısıyla onun geleceğini biçimlendiren faktörlerden biri olarak da karşımıza çıkar. Dolayısıyla Türk parlamentoculuğunun bugünkü durumunu anlamak, sorunlarını tespit etmek, geleceğini biçimlendirecek çözüm önerilerini üretebilmek için de muhakkak göz önünde bulundurulması gereken kaynaklardan birisi (geçmişten bugüne uzanan gelişim serüveni içerisinde bir bütün olarak) içtüzüklerdir.

Bu nedenle, bu çalışmada, Türk parlamentoculuğunun yüzyılı aşan uygulamasında içtüzüklerin nasıl bir gelişim ve değişim seyri izlediği

¹⁴ Armağan, s.16.

¹⁵ "Norm yaratıcı niteliğiyle diğer parlamento kararlarından ayrılan İçtüzüğün iktidar-muhalefet ilişkilerinde ve Meclis iradesinin gerçeğe uygun biçimde yansıtılmasında büyük önem taşıdığı bir gerçektir." AYM, 31.01.2002, E.2001/129, K.2002/24.

incelenmiştir. Bu çerçevede, Türkiye Cumhuriyeti tarihi boyunca hangi dönemlerde, hangi koşullarda, hangi ihtiyaçların ürünü olarak parlamento içtüzüklerinin yapıldığı ve bu içtüzüklerin hangi nedenlerle, ne yönde, hangi amaçlarla ve ne sıklıkla değiştirildiği, nasıl bir değişim süreci geçirdiği hususları araştırılmıştır.

Çalışma, farklı anayasaların yürürlükte olduğu dönemler ve bu dönemleri kesintiye uğratan ara dönemler esas alınarak kronolojik biçimde sıralanmış yedi ana başlıktan oluşmaktadır. Birinci başlık 1876 Kanunu Esasisinin yürürlükte olduğu dönemde yapılan parlamento içtüzüklerini ve içtüzük değişikliklerini incelemektedir. Sonraki başlıklarda ise sırasıyla, 1921 Teşkilatı Esasiye Kanunu dönemi, 1924 Teşkilatı Esasiye Kanunu dönemi, 1960 askeri darbe dönemi, 1961 Anayasası dönemi, 1980 askeri darbe dönemi ve son olarak 1982 Anayasası dönemi parlamento içtüzükleri ve bu içtüzüklerde yapılan değişiklikler incelenmektedir.

I. 1876 KANUN-U ESASİ DÖNEMİ PARLAMENTO İÇTÜZÜKLERİ

Osmanlı Devleti'nin ilk ve tek anayasası olan 23 Aralık 1876 tarihli Kanun-u Esasi iki meclisli bir parlamento kurmuştur. Meclis-i Umumi olarak adlandırılan bu parlamentonun birinci meclisi Heyet-i Mebusan ikincisi ise Heyet-i Ayan'dır (md.42).

Heyet-i Ayan, çift meclisli parlamentolardaki senatolara karşılık gelmektedir. Tüm üyeleri padişah tarafından ömür boyu görev yapmak üzere atanan (md.62) bu meclisin başkanının da doğrudan padişah tarafından belirleneceği, ayrıca meclis başkan vekilinin de meclis tarafından gösterilen üçer aday arasından padişah tarafından atanacağı öngörülmüştür (md.60, Heyet-i Ayan İçtüzüğü, md.2). Heyet-i Ayan'ın üye sayısının Meclis-i Ayan'ın üye sayısının üçte birini geçemeyeceği düzenlenmiştir (md.60).

Heyet-i Mebusan'ın oluşumunda padişahın iradesi Heyet-i Ayan'daki gibi belirleyici değildir. Heyet-i Mebusan üyelerinin, Osmanlı tebaasından her ellibin erkek nüfusa bir temsilci seçilmesi suretiyle halk tarafından seçilerek göreve geleceği (md.65) ve dört yılda bir seçimlerinin yenileneceği (md.69) öngörülmüştür. Ancak bu meclisin başkanının ve başkan yardımcılarının da doğrudan meclis üyelerince değil, meclisin gösterdiği adaylar arasından Padişah tarafından atanacağı hükme bağlanmıştır (md.77).

Kanun-u Esasi'nin ilk biçiminin kurduğu siyasal sistemi meşruti monarşi

olarak nitelendirmek mümkün değildir çünkü padişah yürütmeye dair yetkilerin sahibi olmanın yanı sıra yasama yetkisinin kullanılmasında da büyük ölçüde belirleyici konumda kalmaya devam etmiştir. Meclisin toplanması ve çalışma süreleri üzerinde Padişahın takdiri çok geniştir. Zira Anayasada Meclis-i Umumi'nin iki meclisinin her yılın kasım ayı başında padişah emri (iradei seniye) ile açılacağı ve Mart başında padişah emri ile kapanacağı (md.43); Padişahın meclisin çalışma süresini uzatabileceği veya kısaltabileceği (md.44); ayrıca meclisin tatil edilmesi ve gerektiğinde feshedilmesi yetkilerinin de padişaha ait olduğu (md.7) Anayasada düzenlenmiştir.

Kanunların yapım sürecinde de Padişah belirleyici bir pozisyonadadır; öyle ki yasama organının kanun teklif etme yetkisi dahi çok sınırlı biçimde tanınmıştır. Yasama meclisleri yalnızca kendi görev alanlarını ilgilendiren konularda kanun teklif etme yetkisine sahipken, tüm üyeleri padişah tarafından atanan Heyet-i Vükela her konuda yasa önerme yetkisine sahiptir. Kanun önerilerinin mecliste görüşülebilmesi için de Padişahın onayı gerekmektedir. Kanun teklifi önce padişahın önüne gitmekte, eğer o izin verirse önce Şurayı Devlet'e gönderilmektedir (md.53). Meclislerde görüşülecek kanun önerisinin nihai biçimi Şurayı Devlet tarafından hazırlanmaktadır. Şurayı Devlet tarafından hazırlanan kanun tasarısı önce Heyet-i Mebusan'da sonra ise Heyet-i Ayan'da görüşülmektedir. Bir kanun tasarısının kabul edilmiş sayılması için tasarının her iki mecliste de kabul edilmesi gerekmektedir. Ancak bu da tasarının kanunlaşması için yeterli değildir. Tasarının kanunlaşabilmesi için Padişah tarafından onaylanması gerektiği öngörülmüştür. Mutlak veto yetkisine sahip Padişahın onaylamadığı bir tasarı reddedilmiş olur (md.54).

Görüldüğü üzere, Osmanlı devletinin ilk ve tek Anayasası devletin ilk parlamentosuna oldukça sınırlı yetkiler tanımıştır.¹⁶ Tanınmış olan bu sınırlı yetkileri parlamentonun hangi usullere göre kullanacağı, çalışmalarını ne şekilde yürüteceği konusunda ise anayasada, günümüz anayasalarında olduğu gibi “meclislerin kendi içtüzüklerini yapacakları”nı yahut “meclislerin kendi hazırladıkları içtüzüklere göre çalışacakları”nı vb. belirten bir hükme yer verilmemiştir. Bununla birlikte, Anayasa içerisinde içtüzükten söz edilmiş (md.47) ve içtüzük düzenlemesi mahiyetinde çeşitli hükümlere (49, 51-59, 64, 77-80) yer verilmiştir.

Osmanlı döneminin ilk parlamento içtüzüğü Heyet-i Mebusan Nizamname-i Dahilisi'dir. Nizamnamenin yapılış sürecine ilişkin pek fazla

¹⁶ Bkz. Erdal Onar, *Meclis Araştırması*, AÜHF Yay., 1977, s.50-51.

resmi kayıt bulunmamaktadır. Birinci meşrutiyet dönemi Meclis tutanakları Çırağan Sarayı yangınında kül olduğu için, içtüzük görüşmelerine dair tutanaklar da mevcut değildir. Armağan'ın aktardığına göre, içtüzük yapmakla görevli Meclis-i Mahsus adı verilen bir özel meclis kurulmuş; bu meclis ise içtüzük taslağını hazırlamakla görevli bir komisyon oluşturmuştur. Şurayı Devletin Tanzimat dairesinde toplanıp çalışmalarını yapan bu komisyon Avrupa devletlerinin anayasalarını ve parlamento içtüzüklerini de inceleyerek bir taslak hazırlamıştır. Komisyon tarafından hazırlanan içtüzük taslağı Meclis-i Mahsus'da görüşülmüş ve üzerinde birtakım değişiklikler yapılarak 19 Şubat 1877 tarihinde oybirliği ile kabul edilmiştir. Kabul edilen içtüzük 13 Mayıs 1877 tarihinde Padişah tarafından onaylanmıştır.¹⁷

Heyet-i Ayan içtüzüğünün yapım sürecine dair de çok fazla bilgi bulunmamaktadır. İba ve Armağan'ın aktardığı bilgilere göre, Heyet-i Ayan'ın Nizamname-i Dahilisi de benzer bir usulle hazırlanmıştır. Aynı komisyon tarafından hazırlandığı tahmin edilen taslak Meclis-i Mahsus'da görüşülmüş ve 20 Eylül 1877 tarihinde birtakım değişikliklerle kabul edilmiştir.¹⁸

Osmanlı devletinin ilk parlamentosu kimi kaynaklara göre 19 Mart¹⁹ kimi kaynaklara göre 20 Mart²⁰ 1877'de Padişahın söyleviyle açılmıştır ancak bu ilk parlamento deneyimi çok uzun süreli olmamıştır. Çünkü 14 Şubat 1878'de Kanun-ı Esasi'nin 7'inci maddesinde düzenlenen yetkisini kullanan Padişah II. Abdülhamit parlamentoyu tatil etme kararı almış ve meclisi bir daha toplantıya çağırmamıştır. Böylelikle mutlak monarşiye geri dönmüş ve parlamentonun ve Kanun-u Esasi'nin işlemez kılındığı "istibdat dönemi" başlamıştır.²¹

30 yıl süren istibdat dönemi alttan alta muhalefetin de güçlendiği bir dönem olmuştur. Abdülhamit'e ve mutlak monarşiye karşı gittikçe büyüyen örgütlenme ve yükselen tepkiler ayaklanmaları da beraberinde getirmiştir.²² Bu ayaklanmalar 23 Temmuz 1908'de sonuç vermiş ve İttihat ve Terakki'nin

¹⁷ Armağan, s.24.

¹⁸ Armağan, s.25; Şeref İba, *Parlamento İçtüzük Metinleri Osmanlı'dan Günümüze*, Türkiye İş Bankası Kültür Yay., 2009, s.632.

¹⁹ Bülent Tanör, *Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri (1876-1980)*, 14.Baskı, YKY Yay., 2006, s.155.

²⁰ Kemal Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, 4. Baskı, Ekin Yay., 2021, s.54.

²¹ Tanör, *Osmanlı-Türk*, s.160-161.

²² Detaylı bilgi için bkz. Tanör, *Osmanlı-Türk*, s.168-178.

hürriyet ilan ettiği günün gecesi II.Abdülhamit Kanun-ı Esasi'yi yeniden yürürlüğe koyduğunu duyurmuş ve “*Meclis-i Mebusanın İctimaa Davet Olunması Hakkında İrade-i Seniye*” ile Meclis-i Mebusan'ı toplantıya çağırmıştır.²³

Anayasanın yeniden yürürlüğe konulması ile birlikte, yeni parlamentonun oluşturulması için 1908 yılının Kasım ve Aralık aylarında seçimler yapılmış ve yeni Meclis-i Umumi 17 Aralık 1908 günü Padişahın nutku ile açılmıştır.²⁴

Açıldıktan sonra yoğun bir çalışma içerisine giren parlamentonun yaptığı ilk işlerden birisi bir Anayasa değişikliği kanunu çıkarmak olmuştur. Kanun-u Esasi'yi köklü biçimde değiştiren 8 Ağustos 1909 tarihli anayasa değişikliği ile Osmanlı Devleti tam bir meşruti monarşiye dönüşmüştür.²⁵ Buna uygun bir biçimde yasama organının kuruluşu, görev ve yetkileri de önemli biçimde değiştirilmiştir. Bir parlamenter hükümet sistemi kuran 1909 değişikliğinin yasama bakımından getirdiği en önemli değişiklik padişahın yasamaya ilişkin yetkilerinin önemli ölçüde kısıtlanmış olmasıdır.²⁶ Meclislerin her Kasım başında davetsiz toplanacağı (md.43) hükme bağlanmış; milletlerarası andlaşmaları onaylama yetkisinin parlamentoya ait olacağı öngörülmüştür (md.7). Üyeleri padişah tarafından seçilen ve daha önce kamuoyuna açık olmayan Heyet-i Ayan'ın görüşmelerinin açık olarak yapılması esası getirilmiş (md.121), böylece padişahın seçtiği bu organ üzerinde kamuoyu denetimine imkan tanınmıştır. Meclislere kendi başkanlarını doğrudan seçebilme yetkisi verilmiştir (md.77). Yürütmenin fesih yetkisinin kapsamı daraltılmıştır (md.7, 35). Yasa yapım sürecinde de önemli değişiklikler yapılmıştır. Yasama organı, izin almadan ve konu bakımından sınırlanmaksızın kanun teklifinde bulunma hakkına sahip kılınmıştır (md.53). Kanun tekliflerinin öncelikle Şurayı Devlet'te görüşülüp tasarıya dönüştürülmesi usulü kaldırılmıştır. Ayrıca Padişahın mutlak veto yetkisi güçleştirici veto yetkisine çevrilmiştir.²⁷

Yasama alanında yapılan bu önemli değişikliklerin parlamento içtüzüklerine de yansıtılması gereği doğmuştur ancak bu değişikliklerin hemen yapılması mümkün olmamıştır. Bu doğrultuda ilk adım Heyet-i Ayan'dan gelmiştir. 1911 yılında içtüzük değişikliği üzerinde çalışacak bir

²³ Gözler, 62; Tanör, *Osmanlı-Türk*, s.76.

²⁴ Tanör, *Osmanlı-Türk*, s.184.; Gözler, s.62.

²⁵ Tanör, *Osmanlı-Türk*, s.196.

²⁶ Onar, s.52-53.

²⁷ Gözler, s.64-65.

komisyon oluşturulmuş ve yapılan değişiklikler ile, ilk biçimi 11 bölüm ve 74 maddeden oluşan Heyet-i Ayan Dahili Nizamnamesi 13 bölüm 132 maddeye çıkarılmıştır.²⁸

Heyet-i Mebusan'ın içtüzüğünün değiştirilmesi süreci ise daha uzun sürmüştür. 1910'da içtüzük değişikliği taslağını hazırlamak üzere bir komisyon oluşturulmuş olmasına rağmen meclis genel kurulunda içtüzük görüşmeleri ancak 1914 yılında başlayabilmiştir. En nihayetinde hazırlanan ve görüşülen içtüzük taslağı 1914 yılında Meclis-i Mebusan'da kabul edilerek yürürlüğe girmiştir. İlk biçimi 16 bölüm ve 105 maddeden oluşan Meclis-i Mebusan Dahili Nizamnamesi 20 bölüm 182 maddeye çıkarılmıştır.²⁹

II. 1921 TEŞKİLAT-I ESASİYE KANUNU DÖNEMİNDE PARLAMENTO İÇTÜZÜĞÜ

1909 değişiklikleri ile sınırlı monarşiye geçiş yapan Osmanlı devletinin bu deneyimi fazla uzun sürememiştir. Çünkü çok geçmeden Birinci Dünya Savaşı patlak vermiş ve mağlup devletler arasında yer alan Osmanlı Devleti'nin toprakları işgal edilmeye başlanmıştır. 16 Mart 1920'de İstanbul işgal edilmiş ve Meclis 18 Mart 1920 günü son toplantısını yapıp çalışmalarına ara verme kararı alarak dağılmıştır. Bu toplantı Osmanlı parlamentosunun son toplantısıdır.³⁰

Osmanlı topraklarının işgali üzerine Anadolu ve Rumeli'de başlayan direnişler, Mustafa Kemal önderliğinde, organize bir direniş hareketine dönüşmüş ve Mustafa Kemal Paşa, 19 Mart 1920 tarihinde, başkenti işgal altında ve parlamentosu işlemez durumda olan ülkede acilen bir kurucu meclisin toplanması gerektiği çağrısını yapmıştır. Heyet-i Temsiliye adına yayınlanan tamimde "salahiyet-i fevkaladeyi haiz bir meclis" in Ankara'da toplanması öngörülmüştür.³¹

Zor şartlar altında ilk kez 23 Nisan 1920'de toplanan Büyük Millet Meclisi'nin ilk ele aldığı konulardan birisi, kurulan bu meclisin çalışma esaslarını belirlemek olmuştur. 26 Nisan 1920 tarihli birleşimin ilk oturumunda Çorum milletvekili Sıddık Bey Heyet-i Mebusan Nizamname-i Dahilisininin kurulan mecliste de aynen kabul ve uygulanmasını yazılı olarak önermiştir.

²⁸ İba, *İçtüzük Metinleri*, 591.

²⁹ İba, *İçtüzük Metinleri*, s.521-522.

³⁰ Gözler, s.70.

³¹ Tanör, *Osmanlı-Türk*, s.230.

Bu önerge oya sunulmuş ve kabul edilmiştir.³² 26 Nisan 1920 tarih ve 7 sayılı karar olarak kayıtlara geçen bu karar tek cümleden ibarettir ve “Nizamnamei Dahilinin tadil edilmek suretiyle tatbiki”ne karar verildiği ifade edilmiştir. O halde, Türkiye Devleti'nin ilk parlamentosunun içtüzüğü 1877 tarihli Heyet-i Mebusan Nizamname-i Dahili'sidir.

Ancak alınan kararın açık olmayışı, içtüzüğün hangi hükümlerinin aynen hangilerinin değiştirilerek uygulanacağı konusunun belirsiz kalması nedeniyle, meclisin çalışma usul ve esaslarının ne olduğu konusundaki tartışmalar uzunca bir süre gündemi meşgul etmeye devam etmiştir. Karar ve toplantı yetersayısı, komisyonların oluşumu, milletvekili andı vb. konularda ortaya çıkan usul tartışmalarını gidermeye yönelik kimi zaman küçük çaplı içtüzük değişiklikleri gündeme gelmiş kimi zaman ise usule ilişkin sorunlar kanun çıkarmak suretiyle çözülmeye çalışılmıştır.³³

Örneğin 27 Nisan 1920'de bir İrşat Encümeni kurulmasına ve encümenlere kişisel istek ve uzmanlığa göre üye olunmasına dair kararlar alınmıştır. 6 Haziran 1920'de milletvekillerinin and içme şekline ilişkin, 8 Temmuz 1920'de ise şube ve encümenlerin Nizamname-i Dahili'ye göre oluşturulacağına dair kararlar alınmıştır. Sadece parlamento kararı değil kanun biçiminde de düzenlemeler önerilmiş; bunların bir kısmı kabul edilirken bir kısmı reddedilmiştir. Örneğin *Büyük Millet Meclisinin Şekil ve Mahiyetine Dair Mevadd-ı Kanuniye* başlığını taşıyan bir kanun tasarısı hazırlanmış ve tasarı 18 Ağustos 1920'de Meclis'te görüşülmeye başlanmıştır ancak neticede tasarının tümünün reddine karar verilmiştir.³⁴ Buna karşılık meclisin toplantı ve karar yetersayılarına ilişkin hususları düzenleyen Nisab-ı Müzakere Kanunu 5 Eylül 1920'de çıkarılmıştır.³⁵

Büyük Millet Meclisi bir yandan da yeni bir anayasanın yapımı çalışmalarına başlamıştır. İcra Vekilleri Heyeti tarafından hazırlanıp 18 Eylül 1920 tarihinde genel kurula sunulan “Teşkilat-ı Esasiye Kanunu Layihası” 20 Ocak 1921 tarihinde kabul edilmiştir.³⁶ Böylece Türkiye Devleti'nin ilk anayasası Teşkilat-Esasiye Kanunu yürürlüğe girmiştir. Savaş ortamında

³² Fahri Çoker, *Türk Parlamento Tarihi Milli Mücadele ve T.B.M.M. Birinci Dönem 1919 – 1923 I. Cilt*, TBMM Vakfı Yayınları, 1994, s.103.

³³ Bu süreçteki tartışmalara dair bkz. Çoker, s.103-105.

³⁴ Tanör, *Osmanlı-Türk*, s.238-239.

³⁵ Bkz. Tanör, *Osmanlı-Türk*, s.239-242.

³⁶ Tanör, *Osmanlı-Türk*, s.247, 253.

hazırlanan oldukça kısa ve dönemin ihtiyaçlarına yönelik bir geçiş anayasası olan 1921 Teşkilat-ı Esasiye Kanunu, 1876 Kanun-ı Esasisini yürürlükten kaldırmamıştır. 1876 Kanun-ı Esasinin 1921 Teşkilat-ı Esasiye Kanunu ile çatışmayan hükümlerinin yürürlükte olduğu kabul edilmiştir.³⁷

1921 Anayasasının kabul edilmesinden sonraki süreçte de kapsamlı bir içtüzük değişikliği yapılmamıştır. Sadece 12 Şubat 1921’de yasama yılının başlangıcının Mart ayı olmasına, 10 Eylül 1921’de ise Nizamname-i Dahilinin dilekçeler hakkındaki maddelerinin tamamının uygulanmasına yönelik kararlar alınmıştır.³⁸

III. 1924 TEŞKİLAT-I ESASİYE KANUNU DÖNEMİNDE TBMM İÇTÜZÜĞÜ

11 Ağustos 1923 tarihinde toplanan İkinci dönem TBMM, göreve başlar başlamaz yeni bir anayasa yapılması için kolları sıvamıştır. Ancak yeni anayasa kabul edilmeden önce çok önemli bir anayasa değişikliği kanunu çıkarılmıştır. 29 Ekim 1923 tarih ve 364 sayılı Teşkilat-ı Esasiye Kanununun Bazı Mevaddının Tavzihan Tadiline Dair Kanun³⁹ ile Anayasasının 1’inci maddesine “Türkiye Devletinin şekli-i Hükümeti, Cumhuriyettir” cümlesini eklemesi ve böylece Cumhuriyetin ilan edilmiş olmasıdır.

Buna ek olarak, söz konusu değişiklik ile bir Cumhurbaşkanlığı makamı oluşturulmuş (md.11); Cumhurbaşkanının TBMM üyeleri tarafından kendi üyeleri arasından seçileceği düzenlenmiştir (md.10). Dönemin yürütme organı olan İcra Vekilleri Heyetinin Başvekilinin Cumhurbaşkanı tarafından meclis üyeleri arasından seçileceği, vekillerin ise başvekil tarafından belirlenip Devlet Başkanı tarafından Meclisin onayına sunulacağı öngörülmüştür (md.12). Bu değişiklikler ile meclis hükümeti sisteminden uzaklaşmış ve parlamenter hükümet sistemine doğru ilk adımlar atılmaya başlanmıştır.⁴⁰

Bu süreçte yeni bir anayasanın yapım çalışmalarına da başlanmıştır. Anayasa tasarısı Kanun-ı Esasi Encümeni tarafından hazırlanmış ve Meclis

³⁷ Tanör, *Osmanlı-Türk*, s.253, 267, 268.

³⁸ Çoker, s.107.

³⁹ Kanun metni için bkz. <https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc002/kanuntbmmc002/kanuntbmmc00200364.pdf> Erişim Tarihi 23 Kasım 2023.

⁴⁰ Özbudun, *Türk Anayasa*, s.28; Onar, s.60-61.

Genel Kurulu'nda görüşülerek 20 Nisan 1924 tarihinde kabul edilmiştir.⁴¹ Böylece 1876 Kanun-ı Esasi ile 1921 Teşkilat-ı Esasiye Kanununun birlikte yürürlükte olduğu iki anayasalı dönem de sona ermiştir.⁴²

1924 Anayasası "*Türkiye Büyük Millet Meclisi, milletin yegane ve hakiki mümessili olup Millet namına hakk-ı hakimiyeti istimal eder*" (md.4) demek suretiyle siyasal sistem içerisinde Meclisin yerini ve rolünü bir kez daha vurgulamış⁴³ ve çeşitli bakımlardan meclis hükümeti sistemine benzeyen bir hükümet sistemi kurmuştur. Anayasanın 5'inci maddesi "*Teşri salahiyeti ve icra kudreti Büyük Millet Meclisinde tecelli ve temerküz eder.*" hükmüyle hem yasama hem de yürütme yetkisinin meclise ait olduğunu açık biçimde ifade etmiştir. 6'ıncı ve 7'inci maddelerde meclisin yasama yetkisini bizzat, yürütme yetkisini ise kendi seçtiği Cumhurbaşkanı ve onun tayin edeceği İcra Vekilleri Heyeti aracılığıyla kullanacağı düzenlenmiştir. Ayrıca 7'inci maddenin ikinci fıkrasında, meclisin her zaman hükümeti denetleyebileceği ve düşürebileceği öngörülmüştür.

Buna karşılık 1924 Anayasasının klasik meclis hükümeti sisteminden ayrılan ve parlamenter hükümet sistemine benzeyen hükümleri de vardır. İki başlı bir yürütme kuran ve bir cumhurbaşkanlığı makamına yer veren 1924 Anayasası, Cumhurbaşkanının meclis tarafından ve kendi üyeleri arasından seçileceğini öngörmüştür (md.31). Kanunları yayınlama yetkisine sahip olan Cumhurbaşkanına geciktirici veto yetkisi de tanınmıştır (md.35). Yürütmenin ikinci kanadı olan İcra Vekilleri Heyetinin başvekil ve vekillerden oluşacağı; başvekilin Cumhurbaşkanı tarafından meclis üyeleri arasından belirleneceği, vekillerin ise başvekil tarafından seçilip Cumhurbaşkanının onayıyla meclise sunulacağı; sonrasında ise, yine tıpkı klasik bir parlamenter sistemde olduğu gibi, hükümetin, programını meclise sunup meclisten güvenoyu alması gerektiği düzenlenmiştir (md.44). Ayrıca bakanlar kurulunun yasama karşısında hem kolektif hem de bireysel sorumluluğu ilkesine de yer verilmiştir (md.46).

İşte bir yanıla meclis hükümeti sistemine bir yanıla parlamenter sisteme benzeyen özellikleri nedeniyle 1924 Anayasasının, meclis hükümeti sistemi ile parlamenter sistem arasında "karma" bir hükümet sistemi kurduğu kabul edilmekte, doktrinde bu sisteme "kuvvetler birliği ve görevler (fonksiyonlar)

⁴¹ Gözler, s.86.

⁴² Tanör, *Osmanlı-Türk*, s.312.

⁴³ Tanör, *Osmanlı-Türk*, s.296.

ayrılığı sistemi” denilmektedir.⁴⁴

A. 1927 TBMM Dahili Nizamnamesi

1924 Anayasası ile anayasal sisteminde, temel organlarının kuruluş ve işleyişinde, hükümet sisteminde vb. önemli değişiklikler yapılan Türkiye Cumhuriyeti devletinin, yeni anayasaya uygun yeni bir içtüzüğe ihtiyacı daha da artmıştır.

1877 Dahili Nizamnamesinin yerini alacak yeni bir içtüzüğün hazırlanmasına yönelik ilk adım 19 Kasım 1924 tarihinde atılmış ve Dahili Nizamname Encümeni tarafından yeni bir İçtüzük hazırlanması kararı alınmıştır. Bu çerçevede hazırlanan İçtüzük tasarısı Meclis Umumi Heyetine sevk edilmiş ve burada görüşülmesine başlanmış olsa da görüşmeler tamamlanamamıştır. Encümen yeniden bir tasarı hazırlayıp 19 Mart 1927’de yeniden Meclise sunmuş ancak çok sayıda değişiklik önergesi verilmesi üzerine yeniden geri çekilen tasarı, nihayet 2 Mayıs 1927’de müzakeresi tamamlanarak kabul edilmiştir.⁴⁵

25 bölüm 236 maddeden oluşan ve Cumhuriyet döneminde yapılmış ilk meclis içtüzüğü olan 1927 TBMM Dahili Nizamnamesi birçok defa değişiklikler geçirerek yaklaşık 46 yıl yürürlükte kalmıştır. Dolayısıyla, tıpkı 1877 Dahili Nizamnamesi gibi 1927 TBMM Dahili Nizamnamesi de farklı anayasaların yürürlükte olduğu dönemlerde uygulanır olmaya devam etmiştir.

1927 Dahili Nizamnamesinde yapılan değişiklikleri incelemeye geçmeden evvel onu biçimsel olarak diğer içtüzüklerden ayıran bir farklılığa da değinmek gerekir. 1927 Dahili Nizamnamesi “notlu içtüzük” uygulamasının sistemimizdeki ilk ve tek örneğidir. Bu içtüzüğün yürürlükte olduğu dönemde, maddelerin anlaşılmasını ve uygulanmasını kolaylaştırmak yahut uygulamadan örneklere yer vererek teamüllerle maddeleri pekiştirmek gibi amaçlarla, maddelere dipnotlar eklenmiştir.⁴⁶ Günümüzde içtüzükte dipnot uygulaması tercih edilmemektedir. Ancak belirtmek gerekir ki, bu dipnotlarda belirtilen hususların bir kısmı zaten sonradan içtüzük metinlerine

⁴⁴ Tanör, *Osmanlı-Türk*, s.304; Gözler, s.95-97.

⁴⁵ Armağan, s.38-39.

⁴⁶ İba, *Parlamento Hukuku*, s.72-73; İba, *İçtüzük Metinleri*, s.442; Erdoğan Teziç, *Türk Parlamento Hukukunun Kaynakları ve İlgili Anayasa Mahkemesi Kararları*, Fakülteler Matbaası, 1980, s.70. Ayrıca bkz. AYM, 27.02.1968 E.1967/6, K.1968/9.

aktarılmıştır.⁴⁷

B. 1927 Dahili Nizamnamesinde 1924 Anayasası Döneminde Yapılan Değişiklikler

1927 Nizamnamesi, 1960 askeri darbesi öncesi dönemde birçok kez değişikliğe uğramıştır. Bunların bir kısmı küçük çaplı değişiklikler olmakla birlikte bir kısmı ülkenin siyasal yaşamını ve parlamentonun işleyişini derinden etkileyen sonuçlara yol açmıştır.

1. 07.04.1928 Tarihli TBMM Kararıyla Yapılan İçtüzük Deęişikliği⁴⁸

1927 TBMM Dahili Nizamnamesinin ilk ve en çok değiştirilen maddesi meclis komisyonlarını düzenleyen 22'inci maddedir. 1928 yılında yapılan bu ilk değişiklikte, bazı komisyonlar kaldırılırken, yeni bazı komisyonlar kurulmuştur.

2. 21.05.1932 Tarihli TBMM Kararıyla Yapılan İçtüzük Deęişikliği⁴⁹

Bu değişiklik ile İçtüzüğün 68'inci maddesinin ikinci fıkrasına bir ibare eklenmiştir. Kanun tasarı ve tekliflerinin geri alınması usulünü düzenleyen 68'inci madde, ilk fıkrasında, kanun tasarı ve tekliflerinin genel kurulda gündeme alınmadan evvel teklif sahibi veya hükümet tarafından geri alınabileceğini öngörmüş; ikinci fıkrasında ise “*Şu kadar ki kanun tekliflerini diğer bir mebus veyahut ait olduğu encümen üzerlerine alırlarsa müzakereye devam olunur.*” hükmüne yer vermiştir. İkinci fıkrada yalnızca kanun tekliflerinden söz ediliyor olması kanun tasarıları (layihalar) bakımından da aynı hükmün geçerli olup olmayacağı konusunda bir belirsizlik yaratmıştır. Bu belirsizliği gidermek için ikinci fıkranın başına “kanun tekliflerini” ibaresinden önce gelmek üzere “bu layiha veya” ibaresi eklenmiştir.

3. 13.06.1932 Tarihli TBMM Kararıyla Yapılan İçtüzük Deęişikliği⁵⁰

Bu değişiklik meclis soruşturması usulünü düzenleyen 169, 170 ve

⁴⁷ Örneğin 1927 İçtüzüğünün 134/2 maddesinde yer alan “azadan beşi ayağa kalkıp bunu isterlerse” ibaresine düşülen dipnotta “Beş milletvekili hemen ayağa kalkmalıdır. Aradan zaman geçmemelidir.” açıklaması yapılmıştır. Bugün yürürlükteki içtüzüğün 141/5 maddesi bu açıklamayı da içerecek biçimde düzenlendiğinden bu tür bir dipnota ihtiyaç yoktur. İba, *Parlamento Hukuku*, s.73.

⁴⁸ TBMM Tutanak Dergisi, Dönem:3 Yıl:1 Cilt:3, 07.04.1928, s.106-108.

⁴⁹ TBMM Tutanak Dergisi, Dönem:4 Yıl:2 Cilt:8, 21.05.1932, s.194-195.

⁵⁰ TBMM Tutanak Dergisi, Dönem:4 Yıl:2 Cilt:9, 13.06.1932, s.139-143.

171'inci maddeleri değiştirmiştir. Bu değişiklik ile bir milletvekilinin görevi ile ilgili bir suç işlediği iddiasının meclise bildirilmesi üzerine, soruşturma açılmasına gerek olup olmadığı konusunun, öncelikle, kurulacak beş kişilik bir komisyon tarafından inceleneceği ve sonrasında komisyonun hazırladığı mazbatanın Genel Kurulda görüşülüp karara bağlanacağı düzenlemesi getirilmiştir.

4. 10.11.1932 Tarihli TBMM Kararıyla Yapılan İçtüzük Deęiřiklięi⁵¹

22'inci maddede yapılan değişiklik ile meclis komisyonları listesine iki komisyon daha eklenerek komisyon sayısı 17'ye çıkarılmıştır. Ayrıca bazı komisyonların ye sayılarında ve madde metnindeki bazı ibarelerde küçük çaplı değişiklikler yapılmıştır.

5. 27.04.1933 Tarihli TBMM Kararıyla Yapılan İçtüzük Deęiřiklięi⁵²

İçtüzüğün 5'inci maddesinde yapılan değişiklik ile Başkanlık Divanında yer alacak katip ye sayısı dörtten altıya çıkarılmıştır.

6. 13.03.1935 Tarihli TBMM Kararıyla Yapılan İçtüzük Deęiřiklięi⁵³

22'inci maddede bir kez daha değişiklik yapılmış ve komisyon ye sayıları artırılmıştır. Ayrıca bir önceki değişiklikte katip ye sayısı dörtten altıya çıkarılırken değiştirilmeyen yedinci maddedeki "katipler için dört" ifadesi de "katipler için altı" olarak düzeltilmiştir.

7. 30.06.1935 Tarihli Duyuru ile Yapılan İçtüzük Değişikliği

27.05.1935 tarihli ve 2739 sayılı Tatil Kanunu'na uyum sağlamak için Cumartesi, Pazartesi ve Perşembe olan Genel Kurulun toplantı günleri Pazartesi, arşamba ve Cuma olarak değiştirilmiş ancak bu konuda Genel Kurul'da bir karar alınmamış sadece 30.06.1935 tarihinde bir duyuru yapılmıştır.⁵⁴

8. 16.07.1943 Tarihli TBMM Kararıyla Yapılan İçtüzük Deęiřiklięi⁵⁵

Bir kez daha 22'inci madde değiştirilmiş ve bazı komisyonların kuruluşu

⁵¹ TBMM Tutanak Dergisi, Dönem:4 Yıl:3 Cilt:10, 10.11.1932, s.15-17.

⁵² TBMM Tutanak Dergisi, Dönem:4 Yıl:3 Cilt:14, 27.04.1933, s.110-111.

⁵³ TBMM Tutanak Dergisi, Dönem:5 Yıl:1 Cilt:1, 13.03.1935, s.43-47.

⁵⁴ Bkz. TBMM Tutanak Dergisi, Dönem: 5 Yıl: 1 Cilt:3, 30.05.1935, s.363.

⁵⁵ TBMM Tutanak Dergisi, Dönem:7 Yıl:1 Cilt:4, 16.07.1943, s.120.

ve işleyişine dair hususlarda değişiklikler yapılmıştır.

9. İÇtüzük Metninin Türkçeleştirilmesi ve Bu Dönemde Yapılan İÇtüzük Değişiklikleri

1927 TBMM İÇtüzüğünde yapılan önemli değişikliklerden birisi içtüzük metninin 1945 yılında Türkçeleştirilmesi (dilinin sadeleştirilmesi)dir. 10.01.1945 tarihli 4695 sayılı yasa ile 1924 Anayasasının dilinin sadeleştirilmesi üzerine, 26.03.1945 tarihinde verilen bir teklif ile “...*tamamiyle Anayasamızın Türkçeleştirilmesinde tutulan ölçü ve usuller içinde...*” TBMM Dahili Nizamnamesinin dilinin de sadeleştirilmesi önerilmiş⁵⁶, 11.04.1945 tarihinde alınan kararla İÇtüzüğün içeriğinde ve manasında bir değişiklik yapılmaksızın Türkçeleştirilmiş biçimi kabul edilmiştir.⁵⁷

1954 yılına kadar Türkçeleştirilmiş metin yürürlükte kalmıştır. Bu süreçte, 15.08.1945'te 23'üncü, 15.05.1946'da 22'inci, 18.06.1947'de yeniden 22'inci ve 23'üncü maddeler tekrar değiştirilmiştir. Bu tarihte ayrıca yine komisyonlara ilişkin olan 24'üncü maddede de değişiklik yapılmış, bir de genel kurulda söz istemeye ilişkin usulü düzenleyen 85'inci madde değiştirilmiştir.

24.12.1952'de çıkarılan 491 sayılı Kanun ile Türkçeleştirilerek değiştirilen 1924 Anayasasının (Teşkilatı Esasiye Kanunu) yeniden, eskiden yapılmış olan tadilleriyle birlikte tekrar yürürlüğe konulmasına karar verilmiştir. Buna paralel olarak 12.02.1954'te alınan karar ile, İÇtüzük metninin dilindeki sadeleştirmeden de vazgeçilmiştir. Ancak Türkçeleştirildikten sonra değişiklik yapılan dört maddedeki (22, 23, 24 ve 85) değişiklikler korunmuş, bunlar eski dile uyarlanarak metne aktarılmıştır.⁵⁸

10. 11.02.1954 Tarihli TBMM Kararıyla Yapılan İÇtüzük Değişikliği⁵⁹

Bilindiği üzere 1945-1950 arası dönem ülkemiz siyasal yaşamında önemli değişimlerin gerçekleştiği bir dönemdir. Çok partili yaşama geçilmesi, 1950'de çıkarılan seçim yasası, ilk defa tek dereceli seçimlerin yapılmaya başlanması, gizli oy ilkesinin benimsenmesi, seçimlerin genel yönetim ve

⁵⁶ Nahit Yüksel, “Türk Parlamento Hukukunda ‘Bütçe’ Komisyonu”, *Sayıştay Dergisi*, (56), 2005, s.10.

⁵⁷ TBMM Tutanak Dergisi, Dönem:7, Yıl:3, Cilt:16, 11.04.1945, s.37-63.

⁵⁸ TBMM Tutanak Dergisi, Dönem: 9, Yıl:5, Cilt:28, 12.02.1954, s.259-261.

⁵⁹ TBMM Tutanak Dergisi, Dönem: 9, Yıl:5, Cilt:28, 11.03.1954, s.809.

denetiminin bağımsız bir organa devredilmesi (Yüksek Seçim Kurulu'nun kurulması) gibi birçok önemli gelişme bu dönemde yaşanmıştır.⁶⁰

Bu gelişmeler İttüzüğün içeriğini de etkilemiştir. Bu doğrultuda ilk önemli adım, seçimlerin yargısal denetimi esasının benimsenmesine (dolayısıyla seçimlerin denetiminde artık TBMM'nin yetkili olmamasına) paralel olarak bu hususları düzenleyen maddelerin iptütüzükten çıkarılmasıdır. 11.03.1954 tarihli 64'üncü bileşimde alınan kararlar İttüzüğün 13 ila 21'inci maddeleri yürürlükten kaldırılmıştır.

11. 28.12.1957 tarihli TBMM Kararıyla Yapılan İttüzük Değişikliği⁶¹

1927 TBMM Dahili Nizamnamesinin geçirdiği en önemli ve kapsamlı değişiklik ise 1957 yılında gerçekleşmiştir. Bu değişiklik sadece içeriği bakımından değil, yarattığı tepkiler ve siyasal sonuçlar bakımından da çok önemlidir. Hatta yapılan bu değişiklikler, 1960 askeri darbesine yol açan koşulların ortaya çıkmasının nedenlerinden birisi olarak değerlendirilmiştir.⁶²

İttüzüğün 27 maddesinde değişiklik yapan iptütüzük değişikliği önerisi 08.12.1957 tarihinde Meclise sunulmuş, oldukça tartışmalı geçen komisyon görüşme aşaması tamamlandıktan sonra 25.12.1957 tarihinde Meclis Genel Kuruluna sevk edilmiştir. İktidar-muhalefet ilişkisinde iktidarı güçlendirip muhalefetin sesini kısma yönde düzenlemeler getirdiği gerekçesiyle ağır biçimde eleştirilen değişiklik teklifinin genel kurul görüşmeleri de oldukça tartışmalı geçmiş ancak neticede 28.12.1957'de değişiklik kabul edilmiştir.⁶³

İttüzük değişikliği içerisinde özellikle dört konu ciddi tartışmalara kaynaklık etmiştir: Yasama dokunulmazlığı, yazılı ve sözlü soru mekanizması, meclis görüşme tutanaklarının yayınlanması ve disiplin cezaları ile ilgili getirilen değişiklikler. Söz konusu değişiklikler ile yasama sorumsuzluğunun ve yasama dokunulmazlığının sağladığı güvencelerin amacına aykırı düzenlemeler getirildiği ve bu güvencelerin kapsamının daraltıldığı, milletvekillerinin ifade özgürlüklerinin ve hükümeti denetleme imkanlarının

⁶⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. Recai Galip Okandan, "Pozitif Âme Hukukumuzun Gelişmesi Bakımından 1945 – 1960 Devrinin Özellikleri", *İÜHFİM*, 29 (1-2), 1963, s. 3-16; Tanör, *Osmanlı-Türk*, s.339 vd.; Gözler, s.101-102.

⁶¹ R.G. 06.01.1958, Sayı: 9800.

⁶² Bu yönde değerlendirmeler için bkz. Tunaya, s.172-181; Orhan Aldıkaçtı, *Anayasa Hukukumuzun Gelişmesi ve 1961 Anayasası (Ders Notları)*, Fakülteler Matbaası, 1970, s.108-109; Okandan, s.12-14.

⁶³ Armağan, s.40.

kısıtlandığı, meclis tutanaklarının aleniliği ilkesi ile bağdaşmayan düzenlemeler getirildiği ifade edilmiştir.⁶⁴

IV. 1960 ASKERİ DARBESİ DÖNEMİNDE YAPILAN İÇTÜZÜKLER

27 Mayıs 1960 tarihinde ülke yönetime el koyan (Orgeneral Cemal Gürsel başkanlığındaki 37 subaydan oluşan) Milli Birlik Komitesi, yaptığı 12 Haziran 1960 tarihli 1 sayılı kanun⁶⁵ ile, “*yeni Anayasa ve Seçim Kanunu, demokratik usullere uygun olarak, kabul edilip buna göre en kısa zamanda yapılacak genel seçimlerle yeniden kurulacak olan Türkiye Büyük Millet Meclisine iktidarı devrecedeği tarihe kadar Türk Milleti adına hâkimiyet hakkını*” kullanacağını ve “*Türkiye Büyük Millet Meclisinin Teşkilat-ı Esasiye Kanunu'na göre sahip olduğu bütün hak ve yetkiler*”in bu süre içinde Milli Birlik Komitesi'ne ait olduğunu ilan etmiştir (md.1).

1 sayılı Kanunun üçüncü maddesi, Millî Birlik Komitesi'nin yasama yetkisini doğrudan doğruya kendisinin ve yürütme yetkisini ise Devlet Başkanınca seçilip komitece onaylanarak kurulacak Bakanlar Kurulu eliyle kullanacağını öngörmüştür (md.7).

Milli Birlik Komitesi kendi iç işleyiş kurallarını düzenleyen 20 bölüm 146 maddeden oluşan bir içtüzük yapmıştır. Kabul edildiği tarih tam olarak bilinmeyen ve Resmi Gazetede hiç yayımlanmamış olan bu içtüzüğün hukuki dayanaklarından birisi 12.06.1960 tarih ve 1 sayılı Kanunun 14'üncü maddesinde yer alan “*Milli Birlik Komitesi müzakereleri, Komite içtüzüğü gereğince yapılır*” hükmüdür.

İlk başta yetkileri başka bir organla paylaşmayan MBK, 13.12.1960 tarihinde kabul ettiği 157 sayılı “*1924 tarih ve 491 sayılı Teşkilâtı Esasiye Kanununun bazı hükümlerinin kaldırılması ve bazı hükümlerinin değiştirilmesi hakkındaki 12 Haziran 1960 tarihli ve 1 sayılı Geçici Kanuna ek 'Kurucu Meclis Teşkili' hakkında Kanun*”⁶⁶ ile iki yeni organın daha kuruluşunu öngörmüştür: Kurucu Meclis ve Temsilciler Meclisi. 157 sayılı Kanunun 1'inci maddesinde, Kurucu Meclisin, MBK üyeleri⁶⁷ ile bu kanun hükümlerine göre kurulacak

⁶⁴ Genel Kurulda yapılan tartışmalar için bkz. TBMM Tutanak Dergisi, Dönem:11, Yıl:1, Cilt:1, 25.12.1957, s.234-310 ve aynı cilt, 27.12.1957 tarihli tutanak, s.315-406.

⁶⁵ R.G. 14.06.1960, Sayı: 10525.

⁶⁶ R.G. 16.12.1960, Sayı:10682.

⁶⁷ İlk başta Cemal Gürsel başkanlığında 37 subaydan oluşan MBK üye sayısı, 14 üyenin tasfiye

Temsilciler Meclisi üyelerinden oluşan bir organ olduğu düzenlenmiştir.

157 sayılı Kanun'un 25'inci maddesi Kurucu Meclis ve onu teşkil eden MBK ve Temsilciler Meclisinin kendi yaptıkları içtüzüklere göre çalışacaklarını hükme bağlamış, söz konusu içtüzüklerde hüküm bulunmayan hallerde eski TBMM içtüzüğünün uygulanacağını öngörmüştür: *“Millî Birlik Komitesi ve Temsilciler Meclisi çalışmalarını kendi içtüzüklerine göre yaparlar. / Kurucu Meclisin birleşik toplantıları için ayrı bir içtüzük yapılır. / Yeni içtüzüklerde hüküm bulunmayan hususlarda, eski Türkiye Büyük Millet Meclisi içtüzüğü uygulanır.”*

Bu hüküm doğrultusunda, 17.01.1961 tarihinde 12 bölüm 64 maddeden oluşan Temsilciler Meclisi İçtüzüğü, 21.01.1961 tarihinde ise 5 bölüm 59 maddeden oluşan Kurucu Meclis İçtüzüğü kabul edilmiştir. Bu içtüzükler de Resmi Gazetede yayımlanmamıştır.⁶⁸

V. 1961 ANAYASASI DÖNEMİNDE TBMM İÇTÜZÜKLERİ

A. Cumhuriyet Senatosu İçtüzüğü ve TBMM Birleşik Toplantısı İçtüzüğü

1961 Anayasasının kabul edilmesi ve yapılan yeni seçimlerin ardından yeniden anayasal düzen tesis edilmiştir. 1961 Anayasası çift meclisli bir parlamento kurmuştur. Anayasanın 63'üncü maddesine göre “Türkiye Büyük Millet Meclisi, Millet Meclisi ve Cumhuriyet Senatosundan kuruludur.”

“Millet Meclisi, genel oyla seçilen dörtyüzelli milletvekilinden kuruludur.” (md.76) ve üyeler dört yıl için seçilirler (md.69/1). Cumhuriyet Senatosu ise, “... genel oyla seçilen yüzelli üye ile Cumhurbaşkanı seçilen onbeş üyeden kuruludur. / 13 Aralık 1960 tarihli ve 157 sayılı Kanunun altında adları bulunan Millî Birlik Komitesi Başkanı ve üyeleri ile eski Cumhurbaşkanı, ya kaydı gözetilmeksizin, Cumhuriyet Senatosunun tabii üyesidirler. ...” (md.70). Cumhuriyet Senatosu üyeliğinin süresi 6 yıldır (md.73/1) ancak “Cumhuriyet Senatosunun genel oyla ve Cumhurbaşkanı seçilen üyelerinin üçte biri her iki yılda bir yenilenir.” (md.73/2). Cumhuriyet Senatosu üyeliği süresi konusunda md.73'te öngörülen bu kurallar tabii üyeler bakımından geçerli değildir (md.70/2).

edilmesi ve bir üyenin çekilmesi ile 23 kişiye inmiştir. Burada sözü geçen MBK üyeleri kalan bu 23 üyeye karşılık gelir. Tanör, *Osmanlı-Türk*, s.367.

⁶⁸ İba, *İçtüzük Metinleri*, s.367, 387.

Anayasanın 85'inci maddesine göre, “Türkiye Büyük Millet Meclisi ve Meclisler, çalışmalarını, kendi yaptıkları İçtüzüklerin hükümlerine göre yürütürler.” Anayasanın öngördüğü bu içtüzükler yapılıncaya değin meclisin çalışmalarını neye göre yürüteceği sorusunun cevabı ise Anayasanın Geçici 3'üncü maddesinde verilmiştir. Buna göre, “Bu Anayasaya göre kurulan Türkiye Büyük Millet Meclisinin, Millet Meclisinin ve Cumhuriyet Senatosunun toplantı ve çalışmaları için, kendi İçtüzükleri yapılıncaya kadar, Türkiye Büyük Millet Meclisinin 27 Ekim 1957 tarihinden önce yürürlükte olan İçtüzüğü hükümleri uygulanır.”

Bu maddeden anlaşılıyor ki, 1957'deki İçtüzük değişikliği 1960 darbesini hazırlayan sebeplerden birisi olarak görüldüğünden, 1961 Anayasasını yapan kurucu iktidar, yeni içtüzükler yapılıncaya kadar eski TBMM İçtüzüğünün 1957 değişikliği öncesi biçiminin uygulanmasını tercih etmiştir.

1961 Anayasası Geçici 7'inci maddesinde “Bu Anayasa ile kabul edilmiş olan yeni organ, kurum ve kurulların kuruluş ve işleyişleriyle ilgili kanunlar, Türkiye Büyük Millet Meclisinin ilk toplantısından başlayarak en geç altı ay içinde ve bu Anayasa ile konulması emredilen diğer kanunlar da en geç iki yıl içinde çıkarılır.” hükmüne yer vermiştir. Bu hüküm, parlamento içtüzüklerinin de en geç iki yıl içerisinde çıkarılması gerektiği biçiminde yorumlanmıştır⁶⁹ ancak içtüzükler, özellikle de Millet Meclisi İçtüzüğü oldukça geç çıkarılmıştır.

Bu dönemde yapılan ilk içtüzük 27.12.1963 tarihli Cumhuriyet Senatosu içtüzüğüdür.⁷⁰ 3 bölüm, 6 kısım ve 183 maddeden oluşan Senato içtüzüğü uygulamada kaldığı 17 yıllık sürede 6 defa değişikliğe uğramış ve toplam 7 maddesinde değişiklik yapılmıştır.⁷¹

Millet Meclisi içtüzüğü ve TBMM Birleşik Toplantısı İçtüzüğü ise daha sonraki yıllarda yapılabilmıştır. Önce, 17.02.1965 tarihinde TBMM Birleşik Toplantısı İçtüzüğü kabul edilmiştir. Millet Meclisi ve Cumhuriyet Senatosunun ortak toplantı yaptıkları hallerde uygulanacak usulü düzenleyen, 5 kısım ve 33 maddeden oluşan bu içtüzük yürürlükte olduğu süre boyunca hiç değişikliğe uğramamıştır.

⁶⁹ İba, *İçtüzük Metinleri*, s.289.

⁷⁰ 27.12.1963 tarih ve 1 numaralı karar, R.G. 18.01.1964, Sayı: 11610.

⁷¹ 06.01.1965 tarihinde 51'inci maddede, 18.01.1966 tarihinde 43'üncü maddede, 08.11.1966 tarihinde 114'üncü maddede, 13.04.1967'de 52'inci maddede, 21.01.1969'da 23 ve 36'ncı maddelerde ve 30.05.1973'te 164'üncü maddede değişiklik yapılmıştır.

B. Millet Meclisinde 1927 TBMM Dahili Nizamnamesinin Uygulandığı Dönem

Anayasanın yapılmasını öngördüğü içtüzükler içerisinde en geç çıkarılan Millet Meclisi İçtüzüğü olmuştur. 05.03.1973 tarihinde kabul edilen Millet Meclisi İçtüzüğü yürürlüğe girinceye kadar geçen yaklaşık 12 yıllık sürede, Anayasanın Geçici 3'üncü maddesi uyarınca, Millet Meclisinin işleyişinde, 1927 TBMM Dahili Nizamnamesinin 1957 değişiklikleri öncesindeki biçimi esas alınmıştır. Bu dönemde içtüzükte iki değişiklik yapılmıştır.

Birinci değişiklik esasında bir kanun ile yapılmıştır. 26.12.1962 tarihinde kabul edilen 140 Sayılı "Türk vatandaşlarının Türkiye Büyük Millet Meclisine dilekçeyle başvuruları ve dilekçelerin incelenmesi ile karara bağlanmasının düzenlenmesine dair Kanun"⁷² dilekçe komisyonunun kuruluşu ve işleyişini yeniden düzenlemiş ve 15'inci maddesinde yer alan hüküm ile içtüzükteki dilekçe komisyonunu düzenleyen maddeleri (md.50-59) yürürlükten kaldırmıştır.

İkinci değişiklik ise TBMM Birleşik Toplantısı İçtüzüğü'nün 17.02.1965 tarihinde kabul edilmesi üzerine gerçekleşmiştir. TBMM Birleşik Toplantısı İçtüzüğü, daha önce 1927 Dahili Nizamnamesinde de düzenlenmiş olan Cumhurbaşkanının seçimi ile meclis soruşturması usullerini yeniden düzenlemiştir ve 30'uncu maddesinde yer alan hüküm ile 1927 Dahili Nizamnamesinin bu hususları düzenleyen hükümlerini (md. 8, 9, 169, 170, 171, 172, 173, 174, 176) yürürlükten kaldırmıştır.

C. 1973 Millet Meclisi İçtüzüğü ve 1961 Anayasası Döneminde Yapılan Değişiklikler

1961 Anayasasının kurmuş olduğu çift meclisli parlamentonun birinci meclisine karşılık gelen Millet Meclisi'nin iç işleyişine ilişkin esasları düzenlemek üzere yapılan Millet Meclisi İçtüzüğü, tıpkı 1927 Dahili Nizamnamesi gibi uzun yıllar yürürlükte kalmış ve farklı anayasaların yürürlükte olduğu dönemlerde uygulanmış bir içtüzüktür. Bugün hala yürürlüktedir. Ancak, elbette ki, orijinal biçimi 15 kısım 162 maddeden oluşan 1973 Millet Meclisi İçtüzüğü ilk kabul edildiği tarihten bu yana birçok defa değişiklik geçirmiştir. Bu değişikliklerin bir kısmı 1961 Anayasası döneminde bir kısmı ise 1982 Anayasası döneminde yapılmıştır.

⁷² R.G. 05.01.1963, Sayı: 11300.

1. 14.06.1973 Tarih ve 586 Sayılı Kararla Yapılan İçtüzük Değişikliği

05.03.1973'te 584 sayılı karar ile kabul edilen ve 13.04.1973 tarihli ve 14506 sayılı Resmi Gazetede yayınlanan Millet Meclisi İçtüzüğü'nün 1 Eylül 1973 tarihinde yürürlüğe gireceği öngörülmüştür (md.163). Ancak içtüzük daha yürürlüğe girmeden üzerinde ilk değişiklik yapılmış ve 143'üncü madde metninden bir ifade çıkarılmıştır.

143'üncü maddenin ilk kabul edilen biçiminde “*Seçimle milletvekilliği sona eren Millet Meclisi eski üyeleri, yasama, ödenek ve yolluk, Genel Kurul ve parti grup toplantılarına girme hakları dışında kalan ve Millet Meclisi üyelerine tanınan bütün haklardan yararlanırlar.*” Hükmü yer almıştır. Ancak “seçimle milletvekilliği sona eren” ifadesi, seçim dışı bir sebeple milletvekilliği sona eren milletvekillerini haklardan yararlanma bağlamında kapsam dışında bırakacağından söz konusu ifade madde metninden çıkarılmıştır.⁷³

2. 17.03.1977 Tarih ve 641 Sayılı Kararla Yapılan İçtüzük Değişikliği

17.03.1977 tarihli ve 641 numaralı kararla⁷⁴ İçtüzüğü'nün 20'inci maddesinde sayılan meclis komisyonları arasına “Sayıştay Komisyonu” da eklenmiştir.

3. 04.04.1977 Tarih ve 643 Sayılı Kararla Yapılan İçtüzük Değişikliği⁷⁵

İçtüzüğü'nün 93'üncü maddesinde yapılan değişiklik ile seçimlerin yenilenmesine dair önerelerde önce Danışma Kurulunun görüşünün alınması usulü kaldırılmış; ayrıca bu husustaki Anayasa Komisyonu raporunun Genel Kurulda bütün konulardan önce görüşüleceği kuralı getirilmiştir.

4. 19.09.1978 Tarih ve 643 Sayılı Kararla Yapılan İçtüzük Değişikliği⁷⁶

İçtüzüğü'nün Danışma Kurulu'nu düzenleyen 19'uncu maddesine “*İçtüzükte Danışma Kurulunun tespitine, teklifine veya görüş bildirmesine bağlanmış olan bütün hallerde, Danışma Kurulu, yapılan ilk çağrıda toplanamaz, oybirliğiyle tespit, teklif yapamaz veya görüş bildiremezse, Meclis Başkanı veya siyasi parti grupları ayrı ayrı, istemlerini doğrudan Genel Kurula sunabilirler. Bu durumda istemin oylanması ilk birleşimin gündemindeki Başkanlığın sunuşlarında yer alır.*” fıkrası eklenmiştir.

⁷³ R.G. 20.06.1977, Sayı:14570.

⁷⁴ R.G. 24.03.1977, Sayı: 15888.

⁷⁵ R.G. 04.04.1977, Sayı: 15899.

⁷⁶ R.G. 19.09.1978, Sayı: 16409 (mükerrer).

VI. 1980 ASKERİ DARBESİ DÖNEMİNDE YAPILAN İÇTÜZÜKLER

Çoğulcu bir anlayışla şekillendirilmiş bir parlamenter rejim kuran 1961 Anayasasının yürürlükte olduğu dönem, parlamenter yaşam bağlamında birçok yeni ve olumlu deneyimin edinilmesini sağladığı gibi olumsuz sonuçlar üreten uygulamalara da sahne olmuştur. Özellikle 1970'lerin son yıllarında TBMM'nin toplanmasında ve çalışmasında ciddi sorunların yaşanmaya başlaması, 1980'de meclisin altı ay süreyle Cumhurbaşkanı seçememesi gibi tikanıklıklar siyasal yaşamda süregelen istikrarsızlığın artmasına yol açmıştır. Siyasal şiddet olaylarının da ciddi boyutlara ulaştığı bu süreç 12 Eylül 1980 günü ordunun yönetime el koyması ile sonuçlanmıştır.⁷⁷

Yönetime el koyan Milli Güvenlik Konseyi⁷⁸ 1 sayılı bildirisinde parlamentonun feshedildiği ilan etmiştir: *“Parlamento ve Hükümet feshedilmiştir. Parlamento üyelerinin dokunulmazlığı kaldırılmıştır.”*⁷⁹ Böylece Türkiye Cumhuriyeti Devleti tarihinde ikinci kez parlamento kapatılmış ve anayasal düzen kesintiye uğramıştır.

Müdahalenin ortaya çıkardığı yeni siyasal düzeninin kuruluş ve işleyiş esasları MGK tarafından kabul edilen 27.10.1980 tarih ve 2324 Sayılı Anayasa Düzeni Hakkında Kanun ile belirlenmiştir.⁸⁰ Kanunun ikinci maddesinde Türkiye Büyük Millet Meclisi ve onu oluşturan meclislere ait tüm görev ve yetkilerin MGK tarafından yerine getirileceği; yürütme yetkisi bakımından ise *“Cumhurbaşkanına ait olduğu belirtilmiş bulunan görev ve yetkilerin ise Milli Güvenlik Konseyi Başkanı ve Devlet Başkanı tarafından yerine getirileceği”* öngörülmüştür.

Konsey sadece yasama değil, yürütme yetkilerine de sahip kılınmış olduğundan, onun yasama görevlerini yerine getirirken iç işleyişinde esas

⁷⁷ Gözler, s.128.

⁷⁸ MGK şu üyelerden teşekkül etmiştir: Genelkurmay Başkanı Orgeneral Kenan Evren (Başkan); Kara Kuvvetleri Komutanı Orgeneral Nurettin Ersin; Hava Kuvvetleri Komutanı Orgeneral Tahsin Şahinkaya; Deniz Kuvvetleri Komutanı Oramiral Nejat Tümer; Jandarma Genel Komutanı Orgeneral Sedat Celasun. MGK 4 sayılı Bildirisi, Milli Güvenlik Konseyi Tutanak Dergisi, Cilt 1, 19.09.1980, s.5.

⁷⁹ MGK 1 sayılı Bildirisi, sekizinci paragraf. (Milli Güvenlik Konseyi Tutanak Dergisi, Cilt 1, 19.09.1980, s.4.)

⁸⁰ R.G.28.10.1980, Sayı: 17145.

alınacak kurallar ayrıca düzenlenmiştir.⁸¹ Türkiye Cumhuriyeti Milli Güvenlik Konseyi Yasama Görevleri İçtüzüğü (kısaca MGK İçtüzüğü olarak ifade edilecektir) olarak adlandırılan bu metin, Milli Güvenlik Konseyi'nin 25 Eylül 1980 tarihli toplantısında kabul edilmiş ve Konseyin 1 numaralı kararı olarak 28 Eylül 1980 tarihli ve 17119 sayılı Resmî Gazetede yayımlanmıştır.

12 bölüm ve 24 maddeden oluşan MGK İçtüzüğü'nün genel gerekçesinde; *"MGK'nin Yasama Organı olarak yapacağı faaliyetlerdeki usul ve yöntemler(in), genellikle parlamento teamüllerine uygun kalınarak"*⁸² düzenlendiği ifade edilmiştir. MGK İçtüzüğü, yürürlükte olduğu süre boyunca bir defa (25.02.1981 tarihinde) değiştirilmiştir⁸³.

1980 döneminin yasama fonksiyonuna özgü yetkilere sahip tek organı Milli Güvenlik Konseyi değildir. Tıpkı 1960 askeri müdahalesinde olduğu gibi 1980 askeri müdahalesinde de müdahaleyi gerçekleştirenler bir Kurucu Meclis oluşturma yoluna gitmiştir.⁸⁴ 29 Haziran 1981 tarih ve 2485 sayılı "Kurucu Meclis Hakkında Kanun" ile kurulan Kurucu Meclis, MGK ile Danışma Kurulundan oluşan iki meclisli bir yapı olarak düzenlenmiştir (md.1). Danışma Meclisi, her ilin tespit ve teklif ettiği adaylar arasından Milli Güvenlik Konseyince seçilen 120 üye ile, Milli Güvenlik Konseyince doğrudan doğruya seçilen 40 üye olmak üzere 160 üyeden oluşmuştur (md.3). Kurucu Meclis, Milli Güvenlik Konseyi ile Danışma Meclisi'nin birlikte toplanmasından oluşan bir meclis olarak öngörülmüş olsa da bu meclis fiilen hiç toplanmamıştır.⁸⁵

Kurucu Meclis Hakkında Kanun, Danışma Meclisi'nin kuruluş ve teşkilatını düzenlemiş ve ayrıca 21'inci maddesinin birinci fıkrasında *"Danışma Meclisi çalışmalarını kendi yaptığı içtüzük hükümlerine göre yürütür"* demek

⁸¹ İba, *İçtüzük Metinleri*, s.159.

⁸² MGK Tutanak Dergisi, C. 1, B.3'ün sonuna ekli. (25.09.1980).

⁸³ R.G. 03.03.1981, Sayı: 17268. Bu değişiklik, 24 maddelik içtüzüğü'nün 16 maddesini değiştiren kapsamlı bir değişikliktir.

⁸⁴ R.G. 30.06.1981, Sayı: 17386. Bu meclisin amacı başlangıç bölümünde şöyle açıklanmıştır: *"Türkiye Cumhuriyeti Devletinin varlığı ve bağımsızlığı, ülkenin ve milletin bütünlüğü ve bölünmezliği ve toplumun huzuru korunarak, milli dayanışma ve sosyal adalet anlayışı içinde herkesin insan haklarından ve temel hürriyetlerden eşitlik ilkesine göre yararlanmasını ve hukukun üstünlüğünü sağlayacak demokratik laik hukuk devletinin kurulması için gereken hukuki düzenlemelerle Anayasayı, Siyasi Partiler ve Seçim kanunlarını yapmak ve varlığı, genel seçimlerle kurulacak Türkiye Büyük Millet Meclisi fiilen göreve başlayınca sona ermek üzere Kurucu Meclis kurulması kararlaştırılmıştır."*

⁸⁵ İba, *İçtüzük Metinleri*, s.103.

suretiyle Meclis'in kendi içtüzüğünü hazırlamasını öngörmüştür. Ancak MGK, Danışma Meclisinin ilk kez toplanacağı gündün bir gün önce (22.10.1981) 60 sayılı "Danışma Meclisi İçtüzüğü Hazırlanıncaya Kadar Uygulanacak Çalışma Esaslarına Dair Karar"ını açıklamıştır.⁸⁶ Danışma Meclisi, kendisi bir içtüzük yapıncaya kadar (yaklaşık bir ay süreyle) bu geçici içtüzük esaslarına göre çalışmalarını yürütmüştür. Bu süreçte, Danışma Meclisi kendi içtüzüğünü de hazırlamaya başlamıştır. Bir İçtüzük Geçici Komisyonu oluşturulmuş ve bu komisyonun hazırladığı içtüzük taslağı, Danışma Meclisinde, 20 Kasım 1981'de görüşmeleri tamamlanarak kabul edilmiştir.⁸⁷

Danışma Meclisi içtüzüğü yürürlükte kaldığı süre boyunca iki defa değiştirilmiştir. Birinci olarak, 05.07.1982 tarihli ve 9 sayılı kararla içtüzüğe iki yeni madde eklenmiştir.⁸⁸ Eklenen Ek Madde 1 anayasa tasarısının görüşülme usulünü düzenlemiştir. Eklenen Geçici Madde 2 ise, yasama yılının başlangıç tarihinin gerekli hallerde üye tamsayısının 1/5'inin teklifi ve Genel Kurulun kararı ile değiştirilebileceğine ilişkindir. İkinci değişiklik 18.09.1982 tarih ve 10 sayılı karar ile yapılmış⁸⁹, anayasa tasarısının genel kurulda iki defa görüşüleceğini ve iki görüşme arasında 48 saatlik bekleme süresi olacağını hükme bağlanmıştır.

VII. 1982 ANAYASASI DÖNEMİNDE TBMM İÇTÜZÜĞÜ

1982 Anayasası geçici 6'ncı maddesinde, "*Türkiye Büyük Millet Meclisinin toplantı ve çalışmaları için, kendi İçtüzükleri yapıncaya kadar, Millet Meclisi'nin 12 Eylül 1980 tarihinden önce yürürlükte olan İçtüzüğünün, Anayasaya aykırı olmayan hükümleri*"nin uygulanacağını; 95 inci maddesinde ise, TBMM'nin çalışmalarını, kendi yaptığı içtüzük hükümlerine göre yürüteceğini hükme bağlamıştır.

1982 Anayasası da 1961 Anayasasının seçtiği yolu izlemiş ve kuvvetler ayrılığı esasına dayanan bir temsili demokrasi ve bir parlamenter hükümet sistemi kurmuştur ancak 1982 Anayasa koyucusunun izlediği yol, 1961 anayasasının ilk biçimine ilham veren yoldan ziyade, 1971 muhtırası ve sonrası dönemde çizilen, yürütmenin güçlendirilmesi eğiliminin şekillendirdiği bir yoldur. Bu doğrultuda 1982 Anayasa koyucusu rasyonelleştirilmiş

⁸⁶ İba, *İçtüzük Metinleri*, s.103.

⁸⁷ 20.11.1981 tarih ve 3 Sayılı Danışma Meclisi Kararı, R.G. 21.11.1981, Sayı: 17521.

⁸⁸ R.G. 08.07.1982, Sayı: 17748.

⁸⁹ R.G. 21.09.1982, Sayı: 17819.

parlamentarizm anlayışına göre bir sistem kurmuştur.⁹⁰ Yürütmeye ve yürütme içerisinde de Cumhurbaşkanına 1961 Anayasasına kıyasla çok daha geniş yetkiler tanınmıştır. Yasama organı ise 1961 Anayasasındaki gibi çift meclisli değil tek meclisli olarak kurulmuştur.

1982 Anayasası 1961 Anayasasına kıyasla birçok bakımdan farklı bir anayasal sistem ve parlamento yapılanması kuruyor olmasına karşın, uzunca bir süre, 1982 Anayasası ile uyumlu bir içtüzük yapılması konusunda ciddi bir adım atılmamıştır. Geçici 6'ncı madde hükmü çerçevesinde 1973 tarihli Millet Meclisi içtüzüğünün 1980 darbesi öncesinde yürürlükte olan biçimi 10 yıl boyunca hiç değiştirilmeden uygulanmaya devam etmiştir.

A. 1982 Anayasası Dönemi İÇtüzük Değişiklikleri

1982 Anayasası döneminde ilk içtüzük değişikliği 1992 yılında gerçekleşmiştir ve bu tarihten sonra birçok kez içtüzük değişikliği yapılmıştır. Öyle ki, içtüzüğün bugün yürürlükteki biçiminin orijinal metinle içeriği birebir aynı kalan madde sayısı oldukça azdır.

1. 20.02.1992 Tarih ve 163 Sayılı Kararla Yapılan İÇtüzük Değişikliği⁹¹

1982 Anayasası döneminde ilk değişiklik, meclis komisyonlarını düzenleyen 20'inci madde de yapılan küçük bir değişikliktir. Bu değişiklik ile "Sayıştay Komisyonu" kaldırılmış ve yerine "Çevre Komisyonu" kurulmuştur.

2. 16.05.1996 Tarih ve 424 Sayılı Kararla Yapılan İÇtüzük Değişikliği⁹²

İçtüzükte ilk esaslı değişiklik ise 1996 yılında gerçekleşmiştir. Adeta İÇtüzüğü baştan aşağı yeniden yapan 1996 değişikliği ile (İÇtüzüğün ismi, madde numaraları, madde ve kısım/bölüm sayıları, başlıkları gibi biçimsel hususlar da dahil olmak üzere) içtüzüğün neredeyse bütün maddelerinde değişiklik yapılmıştır.

1996'da kapsamlı bir içtüzük değişikliğinin yapılmasının temel nedeni, 1961 Anayasası döneminde çift meclisli parlamento düzenini esas alarak yapılmış olan 1973 İÇtüzüğünün, tek meclisli bir parlamento kuran ve getirdiği

⁹⁰ Bülent Tanör, *İki Anayasa 1961-1982*, 3.Baskı, Beta Yay., 1994, s.115; Özbudun, *Türk Anayasa*, s.61-62; Gözler, s.803 vd.

⁹¹ R.G. 22.02.1992, Sayı: 21150.

⁹² R.G. 24.05.1996, Sayı: 22645. İÇtüzük değişikliğinin yürürlük maddesi, değişikliğin yayımını takip eden ayın başında yürürlüğe gireceğini hükme bağlamıştır. Dolayısıyla bu İÇtüzük değişikliği 1 Haziran 1996 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

anayasal düzen bakımından önemli değişiklikler gösteren 1982 Anayasası ile uyumlu hale getirilmesi ihtiyacıdır. Nitekim İctüzük değişiklik teklifinin genel gerekçesinde değişikliğin nedeni, “*Türkiye Büyük Millet Meclisi’nin, toplantı ve çalışmalarını düzenleyen ve 1982 Anayasasına ve onun öngördüğü tek meclis sistemine uygun bir içtüzüğe ihtiyacı bulunduğu*”⁹³ şeklinde açıklanmıştır.

1996 değişiklikleri çok kapsamlı olduğu için yapılan değişikliklerin içeriklerini etraflıca açıklamak bu yazının sınırlarını aşacaktır. Bununla birlikte, yapılan değişikliklerin ne kadar kapsamlı olduğunu gösterebilmek adına değişiklikleri önemli bazı yönleri bakımından özetlemek mümkündür:

Öncelikle, 1982 Anayasasının hükümleri ve tek Meclis sisteminin gereği olarak, 1961 Anayasasının kurduğu çift meclisli parlamento sistemine özgü ibare, ifade ve deyimler değiştirilmiş veya kaldırılmış ve yerine 1982 Anayasası ile uyumlu ifadeler eklenmiştir. Örneğin Cumhuriyet Senatosu, Cumhuriyet Senatosu Başkanı, senatör gibi ifadeler metinden çıkarılmıştır. Bazı maddelerde (örneğin md.8, md.9) geçen “divan üyesi” ibaresi “katip üye”, “idareci üye” ibaresi ise “idare amiri” olarak değiştirilmiştir. İctüzüğün ismi de dahil olmak üzere “Millet Meclisi” ifadesi geçen yerler “Türkiye Büyük Millet Meclisi” olarak değiştirilmiştir. Daha önce çift meclisli yapıyı esas alarak düzenlenmiş olan tatil ve ara verme dönemlerinde meclisin olağanüstü toplantıya çağırılması usulü de tek meclisli yapıya uygun olacak biçimde yeniden düzenlenmiştir (İctüzük, md.7).

İkinci olarak, 1982 Anayasasının hükümleri ile uyumlu olmayan maddelerin Anayasa ile uyumlu hale getirilmesi için yapılan değişikliklerden söz edilebilir. Örneğin 1961 Anayasası döneminde yasama dönemi dört yıl iken 1982 Anayasası ile beş yıla çıkarıldığından, bununla uyumu sağlamaya yönelik çeşitli maddelerde değişiklik yapılmıştır. Bu çerçevede, yasama döneminin tanımlandığı madde değiştirilmiş (İctüzük, md.1); meclis başkanının, meclis komisyonlarının ve başkanlık divanı üyelerinin seçimlerine ilişkin maddeler (md.10, 11 ve 20) değiştirilmiş ve bunların yasama dönemi boyunca ilki iki yıllığına, ikincisi üç yıllığına iki defa seçimlerinin yapılacağı düzenlemesi getirilmiştir.

⁹³ Bkz. Millet Meclisi İctüzüğünde Değişiklik Yapılmasına Dair İctüzük Teklifleri ve Anayasa Komisyonu Raporu (2/158, 2/30, 2/52, 2/67, 2/89, 2/161, 2/176, 2/177, 2/178, 2/183, 2/204), Yasama Dönemi: 20, Yasama Yılı:1, Sıra Sayısı:13, İçinde: Habip Kocaman ve Semra Gökçimen, *Türkiye Büyük Millet Meclisi İctüzüğü Değişiklikler, Gereçekler, Tutanaklar, II. Cilt*, TBMM Basımevi, 2012, s.1454.

1982 Anayasasının 93'üncü maddesi ile uyumu sağlamak için yasama yılı ve tatile ilişkin içtüzük hükümlerinde değişiklik yapılmıştır. Buna göre, yasama yılı, metnin önceki biçiminde 1 Kasım'da başlayıp 31 Ekim'de sona eren süre olarak düzenlenmiş iken, Anayasasının 93'üncü maddesi ile uyumlu hale getirilmiş ve 1 Ekim – 31 Eylül aralığına tekabül edecek biçimde değiştirilmiştir (md.1, md.4). Tatil kavramı 1982 Anayasasında yer aldığı biçimiyle yeniden tanımlanmış; TBMM'nin bir yasama yılı içerisinde üç aydan fazla tatil yapamayacağına ilişkin anayasal kural içtüzüğe aktarılmış ve aksi yönde bir karar alınmadıkça TBMM'nin 1 Temmuz günü tatile gireceği öngörülmüştür (md.5).

1982 Anayasası md.95/2'de “Siyasi parti grupları, en az yirmi üyeden meydana gelir.” dediği için içtüzükte daha önce 10 olan bu sayı 20 olacak şekilde değiştirilmiştir (md.18). İçtüzüğün TBMM Başkanının seçim usulünü düzenleyen 10'uncu maddesi Anayasasının 94'üncü maddesine uygun olacak yönde değiştirilmiştir. Gensoru usulü (md.106), milletvekilliğinin düşmesi halleri (md.135-138), yasama dokunulmazlığı (md.131-134), hükümet programının okunması (md.123) ve güven oylaması prosedürü (md.124-125) ile KHK'lara ilişkin hususlar (md.90) Anayasasının ilgili maddeleri ile uyumlu olacak şekilde yeniden düzenlenmiştir.

TBMM üye tamsayısı 1995'de yapılan anayasa deęişikliği⁹⁴ ile 550'ye çıkarılmış olduğundan İçtüzükte üye tamsayısına ilişkin hüküm bu doğrultuda değiştirilmiştir (md.2). Ayrıca üye tamsayısındaki değişikliğin etkilediği diğer içtüzük hükümleri de bununla uyumlu hale getirilmiştir. Örneğın hükümetçe güven isteminde bulunulması usulünü düzenleyen 106'ıncı maddede aranan karar yetersayısı “ikiyüzyirmialtı” olarak ifade ediliyor iken bu ifade “ikiyüzyetmişaltı” olarak değiştirilmiştir.

Anayasasının 74'üncü maddesinde düzenlenen dilekçe hakkı ile bu hakkın kullanılmasına ilişkin hususları düzenleyen 1 Kasım 1984 tarih ve 3071 sayılı Dilekçe Hakkının Kullanılmasına Dair Kanun ile uyumu sağlayacak biçimde İçtüzüğe eklenen maddelerle (md.115-120) TBMM Dilekçe Komisyonunun çalışmalarına ilişkin esaslar düzenlenmiştir.

1961 Anayasasının çift meclisli yapısının gereği olarak Millet Meclisi İçtüzüğünde değil de TBMM Birleşik Toplantısı İçtüzüğünde düzenlenen bazı hususlar da yeni baştan düzenlenerek içtüzüğe eklenmiştir. Bunlar

⁹⁴ 23.7.1995 tarih ve 4121 Sayılı Kanun.

arasında Cumhurbaşkanının seçimi (md.121), andiçmesi (md.122), vatana ihanetle suçlandırılması (md.114), olağanüstü hal ve sıkıyönetim kararlarının görüşülmesi (md.126-127), olağanüstü hal ve sıkıyönetim KHK'larına ilişkin hususlar (md.128), savaş hali ilanı (md.129), silahlı kuvvetlerin gönderilmesi ve kabulü (md.130), meclis soruşturması ve yüce divana sevk (md.107-113) gibi konular vardır. Yeni maddeler eklenerek, bu hususlar, 1982 Anayasanın öngördüğü kurallarla uyumlu olacak biçimde içtüzüğe aktarılmıştır.

Yapılan değişikliklerin bir kısmı ise uygulamada yaşanan sorun/sıkıntı olarak görülen kimi usulleri değiştirmeyi amaçlamıştır. Örneğin soru mekanizmasında yapılan önemli değişiklikler, soruların birikmesini önleme amacı ile gerekçelendirilmiştir. Meclis araştırma usulü ile ilgili değişiklikler (komisyon raporlarının sunulması konusunda getirilen süre, süresinde rapor sunulmazsa Genel Kurulda görüşme açılacağı ve gerekirse yeni bir komisyon kurulacağı öngörülmesi gibi) meclis araştırma komisyonu raporlarının gecikip araştırılan konunun gündemden düşmesine karşı bir önlem olarak açıklanmıştır.⁹⁵

Ek olarak, iktidar-muhalefet denkleminde, meclisteki çoğunluğun/ iktidarın çalışmasını kolaylaştıracak yönde düzenlemelerin de değişiklik içerisinde yer aldığı söylenebilir. Özellikle kanunların görüşülmesi sürecini hızlandırmayı amaçlayan düzenlemeler dikkat çekmektedir. Örneğin, içtüzüğün eski biçiminde 83'üncü maddenin üçüncü fıkrası şöyledir: *“Komisyon, kabul ettiği metnin önergelerden önce ve açık oyla oylanmasını üye tamsayısının salt çoğunluğuyla isterse, Genel Kurulda, önergelerden önce komisyon metni oylanır. Bu metin Genel Kurulun üye tamsayısının salt çoğunluğuyla kabul edilirse, önergeler reddedilmiş ve madde kabul edilmiş sayılır.”* Bu fıkranın ikinci cümlesindeki *“Genel Kurulun üye tamsayısının salt çoğunluğu”* ibaresi madde metninden çıkarılmıştır. Böylelikle komisyonun bu yöndeki önerilerinin basit çoğunlukla kabul edilmesi yeterli hale gelmiştir.

Kanun yapım sürecinin hızlandırılması yönünde atılmış en önemli adım ise “temel kanun” düzenlemesidir. “Temel kanunlar” başlığı altında 91'inci madde olarak içtüzüğe eklenen, sonradan birçok defa değişiklik geçirecek ve çeşitli AYM kararlarına da konu olacak “temel kanun” düzenlemesinin ilk kabul edilen biçimi şöyledir: *“Temel kanunları ve İçtüzüğü bütünüyle veya kapsamlı olarak değiştiren veya yürürlüğe koyan tasarı veya tekliflerin Genel Kurulda görüşülmesinde uygulanacak özel görüşme ve oylama usul tespitine,*

⁹⁵ Kocaman/Gökçimen, s.1458.

Hükümetin, esas komisyonun veya grupların teklifi, Danışma Kurulunun oybirliği ile önerisi üzerine Genel Kurulca karar verilebilir.”

Anayasa değişikliklerinin görüşülmesi sürecini hızlandırmaya yönelik de değişiklik yapılmıştır. Buna göre, anayasa değişikliklerinin ikinci görüşmesinde, yalnızca maddeler üzerinde verilmiş değişiklik önergelerinin görüşüleceği, birinci görüşmede üzerinde değişiklik teklifi bulunmayan bir madde hakkında ikinci görüşmede önerge verilemeyeceği kuralı getirilmiştir (İçtüzük, md.93/3). Ayrıca anayasa değişiklik tekliflerinin kabulünü düzenleyen madde de değiştirilmiş ve usule ilişkin kurallar detaylandırılmıştır. Anayasa ile uyumu sağlamak üzere aranan karar yetersayısı üçte ikinden beşte üçe düşürülmüştür. (İçtüzük, md.94)

Genel kurul görüşmelerinde süreci uzatmaya sebep olabilen bazı işlemlere yönelik önerelerde aranan imza sayıları ise artırılmıştır. Bu değişiklikler, artan milletvekili sayısının bir sonucu olarak da değerlendirilebilir. Örneğin yoklama isteminde bulunmak için on milletvekilinin istemde bulunması yeterli iken bu sayı yirmiye; kapalı oturum yapılmasına karar verilmesi yönünde önerge vermek için 15 milletvekili yeterli iken bu sayı yirmiye; kanunun tümünün ve maddelerinin oylanmasında açık oylama yapılması isteminde bulunmak için gereken 15 milletvekili sayısı yirmiye; genel görüşme önergesi için aranan 10 milletvekili sayısı 20'ye; gizli oylama yapılması istemi için gereken 15 milletvekili sayısı da yine 20'ye çıkarılmıştır.

Sözlü ve yazılı soru mekanizmasının kullanım alanını belli bakımlardan daraltan, meclis görüşmeleri içerisindeki yerini azaltan ve mekanizmanın kullanım usulünü yeniden düzenleyen maddeler de meclisin hükümeti denetleme gücünü kısıtlayan, iktidar-muhalefet ilişkisinde iktidarın lehine değişiklikler olarak yorumlanmıştır.⁹⁶

Son olarak, içtüzük değişikliklerine en çok konu olan komisyonların düzenlendiği maddelerde değişiklikler yapılmıştır. 20'inci madde değiştirilmiş ve meclis komisyonlarına ilişkin liste yeniden biçimlendirilmiştir.⁹⁷ Meclis komisyonlarının kanunların görüşülmesinde esas ve tali komisyon olarak

⁹⁶ Bkz. TBMM Tutanak Dergisi, Dönem: 20, Yıl:1, Cilt: 5, 16.05.1996, s.554-555.

⁹⁷ Bu maddede sayılan komisyonlara daha sonra çıkarılan kanunlarla başka komisyonlar da eklenmiştir. 15/4/2003 tarihli ve 4847 sayılı Kanunla Avrupa Birliği Uyum Komisyonu; 25/2/2009 tarihli ve 5840 sayılı Kanunla Kadın Erkek Fırsat Eşitliği Komisyonu; 17/4/2014 tarihli ve 6532 sayılı Kanunla Güvenlik ve İstihbarat Komisyonu; 23/7/2020 tarihli ve 7252 sayılı Kanunla Dijital Mecralar Komisyonu kurulmuştur.

görevlendirilmeleri, görüşmelerin yapılması ve raporların hazırlanmasına ilişkin usul daha detaylı bir biçimde yeniden düzenlenmiştir (md.23, 37, 42).

3.07.02.2001 Tarih ve 713 Sayılı Kararla Yapılan İçtüzük Değişikliği⁹⁸

“Meclisin daha hızlı, verimli, etkin ve sağlıklı çalışabilmesi için bazı değişikliklerin daha yapılması gerek”tiği gerekçesiyle yapılan bu değişikliğin öncelikli amacı kanunların yapımının ve genel kuruldaki görüşme süreçlerinin hızlandırılması olarak açıklanmıştır.⁹⁹

Bu çerçevede İçtüzüğün 60 ve 81’inci maddelerinde önemli değişiklikler yapılmış ve kanun görüşmeleri sırasında söz alma ile soru-cevap prosedürüne ciddi sınırlamalar getirilmiştir. Öncelikle, İçtüzüğün 81’inci maddesinde yapılan değişiklik ile kanun görüşmelerinde uygulanan soru-cevap işleminin yalnızca teklifin tümü üzerindeki görüşme tamamlandıktan sonra yapılacağı, maddeler üzerinde görüşmede soru-cevap yapılmayacağı düzenlemesi getirilmiştir. Buna ek olarak, İçtüzüğün 60’ıncı maddesi de değiştirilmiş ve “Soru ve cevap süresi on dakika ile sınırlıdır.” hükmü eklenmiştir. Böylelikle, kanun görüşmelerinde soru-cevap prosedürü, sadece teklifin tümü üzerinde ve yalnızca 10 dakika olacak biçimde sınırlandırılmıştır. (Her iki düzenleme de AYM kararı ile iptal edilmiştir.)¹⁰⁰

⁹⁸ R.G. 09.02.2001 Sayı:24313

⁹⁹ Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğünün Bazı Maddelerinin Değiştirilmesine Dair İçtüzük Teklifi ve Anayasa Komisyonu Raporu (2/661), Yasama Dönemi: 21 Yasama Yılı: 3, Sıra Sayısı: 586, s.1

¹⁰⁰ AYM, 31.01.2002, E.2001/129, K.2002/24. AYM iptal gerekçesinde söz konusu sınırlandırmanın demokratik bir hukuk devletinde kabul edilemez olduğunu ifade etmiştir:

“Çağdaş demokrasilerde, siyasi tercihlerin ve kararların oluşumunun mümkün olan ölçüde geniş ve açık tartışmalarla sağlanması, iktidar ve muhalefet partileri ile milletvekillerinin seçmen önündeki sorumluluklarının gereğidir. Bu bağlamda, yasama işlevi yerine getirilirken, iktidar-muhalefet diyalogu içinde Meclis iradesinin yansıtılmasında yapılan konuşmalar kadar bir aydınlanma ve bilgilenme aracı olan soruların da önemi yadsınmaz. Özellikle teknik düzenlemeler içeren tasarı ve tekliflerin konuya yabancı üyelerce anlaşılabilmesi büyük ölçüde soru-cevap yoluyla sağlanabilir.

Sınırsız bir tartışma ortamı ve sonu gelmeyen soruların, Meclis çalışmalarını ve yasama işlevinin etkili ve sağlıklı biçimde yerine getirilmesini engelleyeceği açıktır. Ancak, tasarı ve tekliflerin olabildiğince çabuk çıkarılabilmesi için 550 milletvekilinden oluşan TBMM Genel Kurulu’ndaki görüşmelerde İçtüzüğün 81. maddesiyle maddeler üzerinde soru sorulması yasaklanıp, dava konusu 60. madde ile de tasarı ve tekliflerin tümü üzerindeki soru-cevap işlemi on dakika ile sınırlandırılarak milletvekillerinin soru sorma haklarının yasama işlevinin gereği gibi yerine getirilmesini engelleyecek biçimde sınırlandırılması demokratik bir hukuk devletinde kabul edilemez.”

Kanun görüşmelerinde söz alma ve önerge verme haklarının kapsamı da daraltılmıştır. Buna göre, kanun tasarı ve tekliflerinin tümü hakkında siyasi parti grupları, komisyon ve Hükümet adına yapılan konuşmaların yirmişer, üyeler tarafından yapılan konuşmaların onar dakika ile sınırlı olduğu (md.81/3); maddeler üzerinde ise siyasi parti grupları, Hükümet ve komisyona beşer dakika süre ile söz verileceği (md.81/4) hükme bağlanmıştır. Böylece maddeler üzerinde daha önce onar dakika olan konuşma süresi beşer dakikaya düşürülmüştür. Ayrıca üyeler hakkında bir düzenleme getirilmeyerek üyelerin daha önce beş dakika olan maddelere ilişkin söz hakları tümüyle ortadan kaldırılmıştır. (Bu kısıtlama da AYM tarafından iptal edilmiştir.)¹⁰¹ Değişiklik önergelerine de sayı bakımından sınırlama getirilmiş ve her madde için komisyon ve Hükümetçe birer, milletvekillerince en fazla üç önerge verileceği kuralı getirilmiştir (md.87). (AYM bu sınırlamanın da anayasaya aykırı olduğuna hükmetmiştir.)¹⁰²

Ayrıca 81'inci maddenin 1'inci fıkrasının (d) bendinde şu hükme yer verilmiştir: "*Tasarı veya tekliflerin yürürlük ve yürütme maddeleri ile yabancı devletlerle veya milletlerarası kuruluşlarla yapılacak andlaşmaların onaylanmasının uygun bulunduğuna ilişkin tasarıların maddeleri üzerinde görüşme açılmaz ve önerge verilemez.*" (AYM bu düzenlemeyi de iptal etmiştir.)¹⁰³

Değişikliğin önemli noktalarından birisi kanun tasarı ve tekliflerinin temel kanun olarak görüşülmesi usulünde de değişiklik yapıyor olmasıdır. İçtüzüğün "Temel kanunlar" başlıklı 91'inci maddesi şu şekilde değiştirilmiştir:

"Temel kanunları, İçtüzüğü ve ülkenin ekonomik ve teknolojik gelişimi ile doğrudan ilgili yeniden yapılanma kanunlarını bütünü ile veya kapsamlı olarak değiştiren veya yürürlüğe koyan tasan veya tekliflerin Genel Kurulda görüşülmesinde uygulanacak özel görüşme ve oylama usulü ile maddeler üzerinde önerge verilip verilemeyeceğinin tespitine; Hükümetin, esas komisyonun veya grupların teklifi, Danışma Kurulunun önerisi üzerine Genel Kurulca karar verilebileceği gibi, Danışma Kurulunda oybirliği sağlanamaması halinde siyasi parti gruplarının önerisi üzerine Genel Kurulca üye tamsayısının beşte üç çoğunluğunun oyu ile de karar verilebilir."

¹⁰¹ AYM, 31.01.2002, E.2001/129, K.2002/24.

¹⁰² AYM, 31.01.2002, E.2001/129, K.2002/24.

¹⁰³ AYM, 31.01.2002, E.2001/129, K.2002/24.

Anayasa Mahkemesi bu düzenlemeyi de “belirlilik, genellik, soyutluk ve öngörülebilirlik özellikleri, taşınmaması nedeniyle yasama yetkisinin amacına uygun biçimde kullanılmasına elverişli olmadığı” ve hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmadığı gerekçesiyle iptal etmiştir.¹⁰⁴

Kanun yapım sürecini hızlandırma amacıyla ayrıca İçtüzüğü’nün 79’uncu maddesi değiştirilmiş ve kanun tasarı ve tekliflerinin görüşülmesine başlarken önce o konudaki komisyon raporunun okunup okunmaması konusunun Genel Kurulun onayına sunulması yönündeki usul kaldırılmıştır. Böylece önceden milletvekillerine zaten dağıtılan komisyon raporlarının ayrıca görüşme öncesinde Genel Kurulda okunmasına ilişkin prosedürün getirdiği zaman kaybının önlenmesinin amaçlandığı ifade edilmiştir.¹⁰⁵

4. 10.12.2002 Tarih ve 750 Sayılı Kararla Yapılan İçtüzük Değişikliği¹⁰⁶

AYM’nin iptal kararı üzerine, iptal gerekçeleri doğrultusunda bazı maddelerin yeniden düzenlenmesi ihtiyacı doğduğundan bu amaca yönelik yeniden içtüzük değişikliği gerçekleştirilmiştir. 2002 yılının sonunda yapılan bu değişiklik İçtüzüğü’nün 81 ve 87’inci maddelerinin AYM kararlarında belirtilen gerekçeler doğrultusunda yeniden düzenlenmesi amacına yöneliktir.

Bu doğrultuda önce soru-cevap usulüne ilişkin hükümde değişiklik yapılmıştır. 2001’de getirilen ve AYM tarafından iptal edilen düzenlemede kanun tasarı ve tekliflerinin görüşülmesinde yalnızca teklifin veya tasarının tümü üzerindeki görüşmeden sonra 20’şer dakika süreyle soru-cevap yapılacağı kuralı getirilmiş iken, bu değişiklikte, maddeler üzerindeki görüşmelerde de ayrıca 10’ar dakika süreyle soru-cevap yapılacağı düzenlemesi getirilmiştir. Ayrıca maddeler üzerinde konuşma süreleri siyasi parti grupları, komisyon ve hükümet için onar, üyeler için beşer dakika ile sınırlandırılmıştır.

İkinci değişiklik 87’inci maddede yapılmıştır. Maddenin AYM tarafından iptal edilen önceki biçiminde değişiklik önergelerine sayı bakımından sınırlama getirilmiş ve her madde için komisyon ve Hükümetçe birer, milletvekillerce en fazla üç önerge verileceği kuralı getirilmişti. Bu kez milletvekilleri tarafından her madde için Anayasaya aykırılık önergeleri dahil 7 önerge

¹⁰⁴ AYM, 31.01.2002, E.2001/129, K.2002/24.

¹⁰⁵ Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü’nün Bazı Maddelerinin Değiştirilmesine Dair İçtüzük Teklifi ve Anayasa Komisyonu Raporu (2/661), Yasama Dönemi: 21 Yasama Yılı: 3, Sıra Sayısı: 586, s.1-2.

¹⁰⁶ R.G. 11.12.2002, Sayı:24960 (Mükerrer)

verilebileceği hükme bağlanmış, parlamentoda temsil edilen her siyasî parti grubuna mensup milletvekillerinin birer önerge verme hakkı saklı tutulmuş, hakkın kullanılmaması halinde bunun diğer siyasî parti grubuna mensup olanlarla bağımsız sayılan milletvekilleri kullanılabileceği vurgulanmıştır.

5. 10.04.2003 Tarih ve 766 Sayılı Kararla Yapılan İçtüzük Değişikliği¹⁰⁷

Bu değişikliğin birincil nedeni 03.10.2001 tarihli ve 4709 sayılı Kanunla yapılan Anayasa değişiklikleridir. Bu değişikliklere uyumu sağlamak için içtüzüğün bazı maddeleri değiştirilmiştir. İkinci sebep ise AYM'nin 2002 yılında vermiş olduğu -yukarıda bahsettiğimiz- iptal kararı nedeniyle ortaya çıkan “temel kanunlar” başlıklı md.91'in yeniden düzenlenmesi ihtiyacıdır. Söz konusu içtüzük değişiklikleri şöyle özetlenebilir:

TBMM Başkanı seçiminin aday gösterme süresinin bitiminden itibaren on gün içinde tamamlanacağını öngören hükümdeki “on” ibaresi “beş” olarak değiştirilmiştir.

Mecliste kabul edilen kanunların Cumhurbaşkanınca kısmen uygun bulunmayıp TBMM'ye geri gönderilmesi durumunda, uygun bulunan-bulunmayan tüm maddeler bakımından görüşme sürecinin yeniden işletilmesinin yarattığı zaman ve emek kaybını önlemek amacıyla 35'inci maddenin sonuna şu fıkra eklenmiştir: “Komisyonlar, Cumhurbaşkanınca yayımlanması kısmen uygun bulunmayan ve bir daha görüşülmek üzere Türkiye Büyük Millet Meclisine geri gönderilen kanunların sadece uygun bulunmayan maddelerini görüşebilir. Bu durumda, sadece uygun bulunmayan maddelerle ilgili görüşme açılır.” Ayrıca 81'inci maddeye bir son fıkra eklenerek bu hususta Genel Kurulda karar alınmasına ilişkin usul düzenlenmiştir.

İçtüzüğün 108'in maddesinin son fıkrasında yapılan değişiklikle Meclis soruşturması açılıp açılmaması hakkındaki Genel Kurul oylamasının “gizli oyla” yapılacağı hükme bağlanmıştır. 110'uncu maddenin son fıkrasına ise “Bu süre içinde raporun Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığına teslimi zorunludur” cümlesi eklenerek verilen ek süre dışında soruşturma raporlarının hazırlanması sürecinin daha fazla uzatılamayacağı, bu süre sonunda TBMM Başkanlığına raporun sunulması zorunluluğu hükme bağlanmıştır. 112'inci maddenin birinci fıkrası değiştirilerek, soruşturma raporunun Başkanlığına sunulduktan sonra en geç “10 gün” içinde bastırılıp ilgililere ve üyelere dağıtılacağı ve raporun dağıtımından itibaren 10 gün içerisinde Genel Kurulda

¹⁰⁷ R.G. 12.04.2003, Sayı: 25077.

görüüleceği kuralı getirilmiştir.

2001 Anayasa değişikliği kapsamında Anayasanın dilekçe hakkını düzenleyen 74'üncü maddesinin ilk fıkrası değiştirilmiş ve "karşılıklılık esası gözetilmek kaydıyla Türkiye'de ikamet eden yabancılar"ın da dilekçe hakkından yararlanabilmesi imkanı sağlanmıştır. 2003 İttüzük değişikliğinde, TBMM Dilekçe Komisyonunu düzenleyen 115'inci maddenin ilk fıkrasına aynı ibare eklenmiş böylece düzenleme Anayasanın 74'üncü maddesi ile uyumlu hale getirilmiştir.

AYM tarafından iptal edilen "Temel Kanunlar" başlıklı 91'inci madde yeniden düzenlenmiştir.

6. 30.06.2005 Tarih ve 855 Sayılı Kararla Yapılan İttüzük Değişikliği¹⁰⁸

Anayasa Mahkemesi 29.04.2003 tarih ve 2003/30E., 2003/38K. Sayılı kararı¹⁰⁹ ile İttüzüğün "temel kanunlar" başlıklı 91'inci maddesinin 2003 değişikliği ile değiştirilmiş biçimini de (önceki iptal kararında yer alan gerekçelere benzer gerekçelerle) iptal etmiştir.

Bu iptal kararı üzerine İttüzüğün 91'inci maddesi 2005 yılında bir kez daha düzenlenmiştir. Ama bu değişiklik de anayasaya aykırı olduğu gerekçesiyle Anayasa Mahkemesinin önüne taşınmıştır. Bu kez, AYM, yalnızca 91'inci maddenin (a) bendinin ikinci paragrafının ikinci tuncesini, söz konusu hükmün siyasi parti grubuna mensup milletvekillerinin önerge verme hakkını gözetmeyerek sadece milletvekillerine böyle bir yetki tanıyor olması gerekçesiyle Anayasanın 2., 68., 87. ve 95. maddelerine aykırı bularak iptal etmiştir.

7. 31.01.2007 Tarih ve 884 Sayılı Kararla Yapılan İttüzük Değişikliği¹¹⁰

Bu iptal kararı üzerine 91'inci madde 2007 yılında bir kez daha değiştirilmiştir ve AYM'nin iptal kararının gerekçesi gözetilerek siyasi parti grubuna mensup milletvekillerinin önerge verme hakkı madde metnine eklenmiştir.¹¹¹

¹⁰⁸ R.G. 01.07.2005, Sayı: 25862.

¹⁰⁹ R.G. 09.07.2003 Sayı: 25163.

¹¹⁰ R.G. 03.02.2007, Sayı: 26423.

¹¹¹ "Milletvekilleri tarafından Anayasaya aykırılık önergeleri dahil madde üzerinde iki önerge verilebilir. Ancak, her siyasi parti grubuna mensup milletvekillerinin birer önerge verme hakkı saklıdır."

8.02.06.2007 Tarih ve 894 Sayılı Kararla Yapılan İçtüzük Değişikliği¹¹²

İçtüzüğün 77'inci maddesinin ilk fıkrasının sonuna eklenen cümle ile, bir yasama döneminde sonuçlandırılmamış ve hükümsüz sayılan kanun tasarı ve tekliflerinden yenilenenlerin, tümü üzerindeki görüşmelerden sonra önceki dönemlere ait rapor ve metinlerinin açıkça belirtilmek kaydıyla komisyonca benimsenebileceği hükme bağlanmıştır.

9.09.10.2007 Tarih ve 902 Sayılı Kararla Yapılan İçtüzük Değişikliği¹¹³

Bu değişiklik, İçtüzüğün 10, 11 ve 20'nci maddelerinde geçen "yasama yılıdır." ibareleri "yıldır." şeklinde değiştirilmiştir. Değişikliğin amacı, İçtüzükte ilk seçilen TBMM Başkanının ve Başkanlık Divanının iki yıldan az süreyle görev yapmasına neden olan ifadeyi değiştirmek ve düzenlemeyi Anayasaya uygun hâle getirmektedir. Bu değişiklik ile, komisyonların seçim süresi de yasama yılı yerine "yıl" ifadesi ile tanımlanmış olmaktadır.

Ayrıca İçtüzüğün 10'uncu maddesinde yapılan değişiklik ile, TBMM Başkanlık seçim sürecinin genel seçimlerden sonra Meclisin toplandığı günden itibaren veya ikinci devre için yapılacak seçimlerde birinci devre için seçilen Başkanın görev süresinin dolmasından on gün önce başlayacağı, adayların beş gün içinde Başkanlık Divanına bildirileceği ve TBMM'nin seçimin yapılacağı gün kendiliğinden toplanacağı hükme bağlanmıştır.

10. 13.11.2013 Tarih ve 902 Sayılı Kararla Yapılan İçtüzük Değişikliği¹¹⁴

Bu değişiklik, milletvekillerinin Genel Kurul salonunda nasıl giyineceğine ilişkindir. İçtüzüğün 56'ncı maddesinin ikinci fıkrası değiştirilmiş ve burada yer alan "*Genel Kurul salonunda yer alan milletvekilleri, bakanlar, Türkiye Büyük Millet Meclisi Teşkilatı memurları ve diğer kamu personeli ceket giymek ve kravat takmak zorundadırlar. Bayanlar tayyör giyerler.*" ifadesi yerine "*Genel Kurul salonunda yer alan milletvekilleri, bakanlar, Türkiye Büyük Millet Meclisi Teşkilatı memurları ve diğer kamu personelinin erkekler ceket ile pantolon giyer ve kravat takar, kadınlar ise; ceket ve etek veya ceket ve pantolon giyerler.*" ifadesi getirilmiştir.

¹¹² R.G. 05.06.2007, Sayı: 26543.

¹¹³ R.G. 11.10.2007, Sayı: 26670.

¹¹⁴ R.G. 14.11.2013, Sayı: 28821 (Mükerrer)

11. 27.07.2017 Tarih ve 1160 Sayılı Kararla Yapılan İÇtüzük Değişikliği¹¹⁵

1973 TBMM İÇtüzüğü'nün 1996 değişikliklerinden sonra geçirdiği en kapsamlı ikinci değişiklik dalgası 2017-2018 yıllarında gerçekleşmiştir. 2017 değişikliği (2018'e kıyasla) daha az sayıda maddeyi etkiliyor olsa da parlamentonun iç işleyişine, özellikle de milletvekillerinin ifade hürriyetleri, kürsü özgürlükleri bağlamında iktidar-muhalefet arasındaki dengeye etkisi 2018'e kıyasla daha fazladır. 2017 içtüzük değişikliklerinin amacı da Meclis çalışmalarını hızlandırmak ve verimli hale getirmek, gereksiz yere zaman kaybına ve tekrarlara yol açan usuli düzenlemelerden içtüzüğü arındırmak olarak açıklanmıştır: *“Parlamentomuzun ülkenin sorunlarını süratle çözümü yolunda arzulan hızda çalışmadığı aşikardır. TBMM'nin yasama faaliyetleri gerçekleştirilirken hızlı, verimli, etkin bir çalışma ortamının sağlanması kaçınılmazdır. Zaman kaybına neden olan uygulamalardan ve tekrarlardan kaçınılmalıdır. Teklif; Meclis faaliyetlerinin bu türden sebeplerle aksamasına yer vermeyecek şekilde, daha rasyonel, sağlıklı ve verimli bir çalışma ortamı oluşturmada kısmi de olsa iyileştirme sağlamak amacı ile düzenlenmiştir.”*¹¹⁶

2017 içtüzük değişikliklerinin bazıları tartışmalara yol açmış, çeşitli bakımlardan eleştirilmiştir. Bunlardan birisi İÇtüzüğün 3'üncü maddesinde yapılan değişikliktir. Bu maddede iki değişiklik yapılmıştır. Birincisi, TBMM Genel Kurulunun milletvekili genel seçimi kesin sonuçlarının Yüksek Seçim Kurulunca ilanını takip eden üçüncü gün saat 14.00'te çağrısız toplanacağı hükme bağlanmıştır. Tartışmalara kaynaklık eden ise maddede yapılan ikinci değişikliktir; zira bu değişiklik, milletvekili sıfatını kazanma anı ile göreve başlama anı arasındaki ayrımı tartışma konusu haline getirmiştir. Yapılan değişiklik ile maddeye şu iki cümle eklenmiştir: *“Milletvekilleri andiçerek göreve başlarlar. Andiçmekten imtina eden milletvekilleri, milletvekili sıfatından kaynaklanan haklardan yararlanamazlar.”*

Anayasanın 75'inci maddesi “Türkiye Büyük Millet Meclisi genel oyla seçilen altıyüz milletvekilinden oluşur” hükmüne yer verdiği için Türk anayasal sisteminde milletvekili sıfatının seçimle kazanılacağı esastır. Sıfatın kazanıldığı andan itibaren, yani seçilmekle, milletvekillerinin milletvekili

¹¹⁵ R.G. 01.08.2017 Sayı:30141.

¹¹⁶ Türkiye Büyük Millet Meclisi İÇtüzüğü'nde Değişiklik Yapılmasına Dair İÇtüzük Teklifi (2/1783) ve Anayasa Komisyonu Raporu, Yasama Dönemi:26, Yasama Yılı:2, Sıra Sayısı: 492, s.5.

sıfatından kaynaklanan haklardan ve dokunulmazlık gibi imtiyazlardan yararlanacağı kabul edilmektedir. Bununla birlikte, Anayasa'nın 81'inci maddesi gereği, milletvekili andiçerek göreve başlar. Dolayısıyla andiçmeyen bir milletvekili yasama faaliyetine katılamayacaktır. İçtüzüğe eklenen yukarıda yer verdiğimiz ikinci cümle, milletvekili sıfatının kazanılması ile andiçmeyi özdeşleştiren bir biçimde yorumlanmaya müsait olduğu gerekçesiyle eleştirilmiştir. Düzenlemenin anlamının tartışmaya açık olduğu, "Milletvekili sıfatından kaynaklanan haklar" ibaresi geniş yorumlanırsa ve burada kastedilen haklar içerisine yasama dokunulmazlığı gibi haklar da dahil edilirse, milletvekilliği sıfatının seçimle kazanılmasının bir anlamının kalmayacağı ifade edilmiştir.¹¹⁷ Söz konusu düzenlemenin iptali istemiyle AYM'ne yapılan başvuruda andiçmekten imtina edilmesi durumunda milletvekili sıfatından kaynaklanan hangi haklardan yararlanılamayacağını açık olmadığı ileri sürülmüş ve bu durumun hukuki belirlilik ilkesine, dolayısıyla Anayasanın 2'inci maddesinde yer alan hukuk devleti ilkesine, aykırılık teşkil ettiği ifade edilmiştir. AYM, düzenlemenin anayasa aykırı olmadığına hükmettiği kararında, iptali istenen hükmün "*milletvekillerinin milletvekili sıfatını kazandıkları andan itibaren bu sıfattan kaynaklanan haklardan yararlanmalarına engel teşkil etme*"diğini "*yalnızca söz konusu yararlanmanın devamını andiçme yükümlülüğünün yerine getirilmesi şartına bağla*"diğini ifade etmiştir.¹¹⁸

2017 değişiklikleri ile İçtüzüğün 19'uncu maddesinde de bir değişiklik yapılmış ve Danışma Kurulu önerilerinin görüşmesiz oylanacağı, grup önerisinde ise öneriyi veren gruptan bir milletvekilinin beş dakikayı geçmemek üzere önerinin gerekçesini açıklayabileceği; açıklamanın ardından diğer gruptan birer milletvekiline de isterlerse üçer dakika söz verileceği hükmüne bağlanmıştır. Değişiklik öncesinde bu maddede, konuşma süreleri bağlamında bir sınırlama bulunmamakta idi. İçtüzüğün diğer maddelerine ve teamüllere göre grup önerileri görüşülmekteydi. Bu değişiklik ile grup önerilerinin görüşülme süreleri kısıtlanmıştır.¹¹⁹

¹¹⁷ Gözler, s.585.

¹¹⁸ AYM, 17.10.2018, E.2017/162, K.2018/100, §4-14.

¹¹⁹ Madde gerekçesinde yapılan değişikliğin nedeni şöyle açıklanmıştır: "*Danışma Kurulunun oybirliğiyle karar alamadığı ve siyasi parti gruplarının önerilerini ayrı ayrı Genel Kurul'a getirdikleri durumlarda ise; zamanın daha etkili ve verimli kullanılarak uzun ve gereksiz polemiklere girilmemesi ve bir an önce ana gündeme geçilebilmesi için, öneriyi veren gruptan bir milletvekili beş dakikayı geçmemek üzere önerinin gerekçesini açıklayabilir. Açıklamanın ardından diğer gruptan birer milletvekiline de isterlerse üçer dakika söz*

Milletvekillerinin söz/konuşma ve yasama faaliyetine katılma olanaklarının sınırlandırılması sonucunu doğuracağı gerekçesiyle eleştirilmiş olan bir diğer değişiklik İçtüzüğün 37'inci maddesinde yapılmıştır. 2017 değişikliklerinden önce İçtüzüğün 37'inci maddesine göre, kanun tasarı, teklif ve KHK'lerin komisyonunda 45 günlük süre dolmasına rağmen sonuçlandırılmaması halinde doğrudan gündeme alınması istenebilmekteydi. Böyle bir istemde bulunulduğunda, bu önerge üzerine, komisyonun, hükümetin, teklif sahibinin ve bir milletvekilinin beş dakikayı geçmemek üzere söz alabileceği öngörülmüş idi. Dolayısıyla parti grubuna mensup olmayan milletvekillerinin de bu usule başvurma imkanı vardı. 2017 değişikliği ile parti grubuna mensup olmayan milletvekillerinin buradaki hakkı kaldırılmıştır. (Bu düzenleme AYM tarafından iptal edilmiştir.)¹²⁰ Ayrıca bu yöndeki istemlerin yalnızca Salı günleri ve günde yalnızca bir tane olmak üzere işleme alınacağı; bir milletvekilinin bir yasama yılında bu kapsamda bir defadan fazla istemde bulunamayacağı kısıtlamaları getirilmiştir.

Bunlara ek olarak, usule ilişkin görüşme isteminde bulunulması halinde milletvekillerine tanınan konuşma süresi de azaltılmıştır; lehte ve aleyhte en çok ikişer kişiye en fazla onar dakika söz hakkı verilebiliyor iken, bu süre üçer dakikaya indirilmiştir. (İçtüzük, md.63) Gelen tasarı ve tekliflerin komisyonlara havale edilmesi işlemine itiraz etmek isteyen milletvekillerinin konuşma hakkı kaldırılmış, bunun yerine bu yöndeki itirazların yalnızca yazılı olarak Başkanlığa iletileceği düzenlemesi getirilmiştir (İçtüzük, md.73). Geçen birleşim tutanağında yer alan bir beyanın düzeltilmesi hususu önceden milletvekilince sözlü yapılabiliyor iken (İçtüzük, md.58), bu istemin Başkanlığa yazılı olarak verileceği kuralı getirilmiştir.

verilmesi öngörülmektedir." TBMM İçtüzüğü'nde Değişiklik Yapılmasına Dair İçtüzük Teklifi (2/1783) ve Anayasa Komisyonu Raporu, Dönem:26, Yıl:2, Sıra Sayısı: 492, s.6.

^AYM bu düzenlemeyi de denetlemiş ve hükmün Anayasaya aykırı olmadığına karar vermiştir. Gerekçe için bkz. AYM, 17.10.2018, E.2017/162, K.2018/100, §16-30.

¹²⁰ AYM iptal gerekçesinde, "*bu kapsamdaki önergelerin işleme alınması sırasında siyasi parti grubu ölçütünün gözetilmesinin grup kuramamış bir siyasi partiye mensup ya da bağımsız milletvekillerinin yasama faaliyetlerine katılımını önemli ölçüde zorlaştırdığı ve bu nedenle demokratik devlet ilkesiyle bağdaşmadığı*" nı ifade etmiş; Anayasanın (md.88) siyasi parti grubu mensubu olsun olmasın tüm milletvekillerine kanun teklif etme yetkisi verdiğini, siyasi parti grubu mensubu olsun olmasın tüm milletvekillerinin süresinde görüşülmemiş tekliflerinin doğrudan Genel Kurul gündemine alınmasına dair önerge verebileceklerini vurgulamıştır. Buna aykırı getirilen iptale konu düzenlemenin Anayasanın 88'inci maddesi yanında eşitlik ilkesine de aykırı olduğuna hükmetmiştir. AYM'nin 17.10.2018 tarih ve 2017/162E., 2018/100K. Sayılı kararı, §32-43.

Meclisin çalışma süreleri artırılmış ve aksi yönde bir karar alınmadıkça ve resmi tatil günlerine denk gelmedikçe, Genel Kurulun Salı günleri 15.00'den 21.00'e, Çarşamba ve Perşembe günleri saat 14.00'den 21.00'e kadar toplanacağı hükme bağlanmıştır (İçtüzük, md.54). Meclis Başkanının Genel Kurul salonunda frak giymesini öngören kural değiştirilmiş ve koyu renk elbise giyeceği kuralı getirilmiştir (İçtüzük, md.56).

Genel Kurulda hangi hallerde milletvekillerinin yoklama isteyebileceği hususunu düzenleyen 57'inci maddede de değişiklik yapılmıştır. Maddenin önceki biçiminde “görüşmeler sırasında işaretle oylamaya geçilirken” yoklama yapılması istenebiliyor iken, yapılan değişiklikle bu ibare “Görüşmeye tabi tezkerelerin oylanması ile kanunların maddelerine geçilmesi ve tümünün oylanması esnasında, işaretle oylamaya geçilirken” şekline dönüştürülmüştür. Böylelikle burada belirtilen haller dışında yoklama isteme imkanı ortadan kaldırılmıştır. (Bu düzenleme de AYM tarafından iptal edilmiştir.)¹²¹

Ayrıca disiplin yaptırımlarını düzenleyen 161 ve 162'inci maddelerde kınama ve geçici çıkarma cezalarını gerektiren hallerde birtakım değişiklikler yapılmış ve yaptırıma ilişkin hükümler içeren 163'üncü maddede yapılan değişiklik ile milletvekillerine uygulanacak yaptırımlar arasına, çeşitli oranlarda aylık, ödenek ve yolluktan kesme yaptırımları da eklenmiştir. (Bu yöndeki değişikliklerin de bir kısmı AYM kararı ile iptal edilmiştir.)¹²²

Anayasa değişiklikleri hariç, kanun tasarı ve tekliflerinin tümünün (açık oylamaya tabi işlerden değilse) en az yirmi milletvekilinin talebi halinde açık oyla, aksi takdirde işaret oyuyla yapılacağı düzenlemesi (İçtüzük, md.81)

¹²¹ AYM, 17.10.2018, E.2017/162, K.2018/100, §54-60.

“56. Dava konusu kurallar öncesinde herhangi bir sınırlama olmaksızın tüm işaretle oylamalar esnasında yoklama isteminde bulunabilmek mümkün iken kurallar yoklama talebinde bulunulabilecek hâlleri, görüşmeye tabi olan tezkereler ile kanunların maddelerine geçilmesi ve tümünün işaretle oylanması ile sınırlamaktadır. Kurallar uyarınca görüşmeye tabi olmayan tezkereler ile kanunların maddelerinin oylanmaları sırasında yoklama istenebilmesi mümkün olmayacaktır. ...

59. Anayasa'da herhangi bir ayırım yapılmaksızın TBMM'nin tüm işlerinde toplantı yeter sayısının varlığının gerektiğinin hükme bağlanmış olması, toplantı yeter sayısının bulunup bulunmamasının alınan kararların sağlık ve geçerliliklerini doğrudan etkileyeceği, milletvekillerinin toplantı yeter sayısı ile ilgili itirazlarını ancak yoklama talebinde bulunmak suretiyle ileri sürebilecekleri, bu konudaki uyumsuzluğun yapılacak yoklama ile çözülebileceği gözetildiğinde yoklama talebinde bulunulabilecek hâllerin görüşmeye tabi tezkereler ile kanunların maddelerine geçilmesi ve tümünün oylanmasıyla sınırlı tutulmasının toplantı yeter sayısı zorunluluğunu öngören Anayasa hükmüyle bağdaşmadığı açıktır.”

¹²² Bkz. AYM, 17.10.2018, E.2017/162, K.2018/100.

getirilmiştir. İçtüzüğün 143'üncü maddesinde yapılan değişiklikle işaret oyuna yahut gizli oya başvurulması zorunlu olmayan hallerde açık oylama yapılması için yazılı istemde bulunması gereken milletvekili sayısı 15'ten 20'ye çıkarılmıştır.

Değişiklik önergelerin okunması hususunda zaman tasarrufu sağlama amacıyla birtakım düzenlemeler yapılmış; önergelerin sadece aykırılık sırasına göre okunup işleme alınacağı, aynı mahiyetteki önergelerden ise en kısa olanının okunup, diğer önergelerin sadece imza sahiplerinin adlarının okunması suretiyle birlikte işleme alınacağı hükme bağlanmıştır (İçtüzük, md.87). Ayrıca genel görüşme ve meclis araştırması önergelerinin Genel Kurulda okunması işleminden vazgeçilmiş bunun yerine verilen önerge ve özetinin milletvekillerine ve hükümete bildirilmesi esası getirilmiştir (İçtüzük, md.102).

2017 değişikliklerinin önemli bir bölümü iptal istemiyle Anayasa Mahkemesinin önüne gitmiş ve bir kısmı AYM tarafından iptal edilmiştir. İptali istenen bazı hükümler/ibareler ise 2018 değişikliklerinde yeniden değiştirildiğinden AYM bir karar vermeden yürürlükten kalkmıştır.

12. 09.10.2018 Tarih ve 1200 Sayılı Kararla Yapılan İçtüzük Değişikliği¹²³

TBMM İçtüzüğünde son değişiklik 2018 yılında yapılmıştır. 2018 İçtüzük değişikliklerinin temel amacı İçtüzüğün Anayasaya uygunluğunu sağlamaktır. Çünkü 2017 yılında çıkarılan 6771 Sayılı Kanunla¹²⁴ Anayasada çok kapsamlı değişiklikler yapılmış ve içtüzüğün bu değişikliklere uyumunun sağlanması ihtiyacı ortaya çıkmıştır. Nitekim 6771 sayılı kanun ile Anayasaya eklenen Geçici 21'inci maddenin B fıkrasında *“Bu Kanunun yayımı tarihinden itibaren en geç altı ay içinde Türkiye Büyük Millet Meclisi, bu Kanunla yapılan değişikliklerin gerektirdiği Meclis İçtüzüğü değişikliği ile diğer kanuni düzenlemeleri yapar.”* hükmüne yer verilmiştir.

Ülkenin hükümet sistemini baştan aşağı değiştiren 2017 Anayasa değişikliği Başkanlık sistemine belli bakımlardan benzeyen ancak klasik bir başkanlık sisteminin özelliklerini karşılamayan kendine özgü bir hükümet

¹²³ R.G. 16.10.2018, Sayı: 30567 (Mükerrer)

¹²⁴ 6771 sayılı Kanun 20.01.2017 tarihinde TBMM'de kabul edilmiş, 11.02.2017 tarih ve 29976 sayılı Resmî Gazetede yayınlanarak halkoyuna sunulmuş ve 16.04.2017 tarihli halkoylamasında onaylanmıştır.

sistemi ortaya çıkarmıştır. “Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemi” yahut “Türk tipi başkanlık sistemi” gibi adlarla ifade edilen bu sistem, yasama ve özellikle yürütmenin kuruluşu, görevleri ve işleyişine ilişkin önemli değişiklikler getirmiştir. Bunun doğal bir sonucu olarak İÇtüzüğün bu değişikliklerle uyumlu hale getirilmesi ihtiyacı doğmuştur. İşte son yapılan İÇtüzük değişikliğinin temel gerekçesi budur.¹²⁵

Yapılan değişikliklerin başlıcaları şöyle özetlenebilir:

2017 anayasa değişikliği ile kurulan yeni hükümet sisteminde, yürütme yetkisi ve görevinin Cumhurbaşkanı'na ait olduğu öngörülmüş ve iki başlı yürütmeye özgü bir kurum olan Bakanlar Kurulu ortadan kaldırılmıştır. Bu durum İÇtüzükteki eski sisteme özgü kurum ve kavramları ifade eden ibarelerin metinden ayıklanması ihtiyacını doğurmuştur. Bu çerçevede, Anayasa değişikliği ile kaldırılan bazı kurum ve usulleri İÇtüzükte düzenleyen maddeler (md.39, 40, 73, 78, 98, 106, 121, 123, 124, 125, 127) ilga edilmiştir. Ayrıca Bakanlar Kurulu ve onu ifade etmek üzere kullanılan Hükümet kelimesi, Başbakanlık, Başbakan, Hükümet temsilcisi gibi ibareler ve ayrıca önceden bakanlar kurulunun sunmuş olduğu kanun önerilerini ifade etmek üzere kullanılan “tasarı” kelimesi İÇtüzükte yer aldığı tüm maddelerden çıkarılmıştır. Çeşitli maddelere ise Cumhurbaşkanı, Cumhurbaşkanı yardımcıları, bakanlar ve bakan yardımcıları ifadeleri eklenmiştir.

2017 Anayasa değişikliği ile Cumhurbaşkanı yardımcıları ve bakanların, Anayasanın 81'inci maddesinde yazılı şekilde TBMM önünde andiçecekleri; 6271 sayılı Cumhurbaşkanı Seçimi Kanununun 21/3'üncü maddesinde ise, Cumhurbaşkanınca atanan Cumhurbaşkanı yardımcıları ve Bakanların atanmalarını takip eden gün andiçecekleri düzenlendiğinden, İÇtüzüğün 3'üncü maddesine “Cumhurbaşkanı yardımcıları ve bakanlar, atandıkları tarihten sonra yapılan ilk birleşimde andiçerler.” biçiminde bir fıkra eklenmiştir.

2017 Anayasa değişikliği “kanun hükmünde kararname” işlem türünü kaldırdığından bu kavram da İÇtüzükten çıkarılmıştır. Yeni bir işlem türü olarak, olağanüstü hallerde çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnameleri getirildiğinden ve bu kararnameler Resmî Gazetede yayımlandıkları gün TBMM'nin onayına sunulmak ve yayım tarihinden itibaren üç ay içinde görüşülüp sonuçlandırılmak zorunda olduklarından, İÇtüzükte (md.128) bu yolda değişiklikler yapılmıştır.

¹²⁵ Bkz. Türkiye Büyük Millet Meclisi İÇtüzüğünde Değişiklik Yapılmasına Dair İÇtüzük Teklifi (2/772) ve Anayasa Komisyonu Raporu, Yasama Dönemi:27, Yasama Yılı:2, Sıra Sayısı: 4, s.4-5.

Olağanüstü hal Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin TBMM’de görüşölme usulü, baştan aşağı değıştirilen 128’inci maddede düzenlenmiştir. Ayrıca İttüzüğün 23’üncü maddesinde yer alan “Tasarı, teklif veya kanun hükmünde kararnamelerin” ibaresi “Tekliflerin veya olağanüstü hal sırasında olağanüstü hal ile ilgili çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin” şeklinde değıştirilmiştir.

Anayasa’da yapılan bir diğer değışiklik sıkıyönetimin kaldırılması ve olağanüstü yönetim usullerinin tek başlık altında toplanmasıdır. İttüzük buna uygun olarak değıştirilmiş, sıkıyönetim ile ilgili kararları düzenleyen 127’inci madde kaldırılmış ve olağanüstü hal ile ilgili kararları düzenleyen 126’inci madde ise anayasa değışikliğine uyumlu hale getirilmiştir.

2017 Anayasa değışiklikleri yasama organının yürütmeyi denetleme araçlarında da önemli değışiklikler yapmıştır. Parlamenter sisteme özgü bir kurum olan gensoru mekanizması ortadan kalktığı için İttüzükten bu kurum ile ilgili kavram ve düzenlemelerin çıkarılması gereği doğmuştur. Ayrıca Anayasa değışikliği sözlü soru mekanizmasını da kaldırmış, yazılı soru, genel görüşme ve meclis araştırma mekanizmalarını yeniden düzenlemiştir. Bu çerçevede İttüzükte sözlü soruyu düzenleyen 98’inci madde ilga edilmiş; ayrıca yazılı soru mekanizmasının usulünü düzenleyen maddeler (md.96, 97, 99. 100) de yeni sisteme göre yeniden düzenlenmiştir. Yeni sistemde yazılı soruların Cumhurbaşkanı yardımcıları ile bakanlara iletileceği öngörülmüştür. Meclis soruşturması mekanizması da yürütmenin değışen yapısına göre yeniden düzenlenmiştir. Cumhurbaşkanı yardımcıları ile bakanlara yönelik bir denetim mekanizması haline getirilen meclis soruşturması usulünü düzenleyen İttüzük maddeleri Anayasa değışikliği ile uyumlu hale getirilmiştir.

Anayasa değışikliği Cumhurbaşkanının cezai sorumluluğunun kapsamını ve cezai sorumluluğuna gidilme usulünü tümüyle değıştirdiği için bu yöndeki değışikliklerin de İttüzüğe aktarılması gereği doğmuştur. Bu doğrultuda, İttüzüğün 114’üncü maddesi değıştirilmiş ve “Cumhurbaşkanının cezai sorumluluğu” başlığı altında uygulanacak usul bu maddede detaylı bir biçimde düzenlenmiştir.

2017 Anayasa değışikliği ile, TBMM üye tamsayısı 550’den 600’e çıkarıldığından, İttüzüğün 2’inci maddesi bu yönde değıştirilmiştir. Ayrıca yeni sistemde milletvekilliği ile bakanlık ve cumhurbaşkanlığı yardımcılığı görevleri bağdaşmadığından 135’inci maddeye bu yönde bir fıkra eklenmiştir.

İttüzüğün açık oylama yapılması zorunlu halleri düzenleyen 142’inci

maddesi Anayasa ile uyumlu olacak biçimde değiştirilmiştir.

Anayasa değişikliği ile hem Cumhurbaşkanına hem de TBMM'ye seçimleri yenileme yetkisi verilmiş; TBMM'nin bu yetkiyi üye tamsayısının en az beşte üç çoğunluğu ile kullanabileceği öngörölmüş olduğundan İçtüzüğün 95'inci maddesi bu yönde değiştirilmiştir.

Yürütme yetkisinin sahibi 2017 anayasa değişiklikleri ile el değiştirdiğinden milletlerarası andlaşmalar yapma yetkisini ve TBMM'nin bu andlaşmaları uygun bulma yetkisini düzenleyen hükümler de bundan etkilenmiştir. Bu doğrultuda, İçtüzüğün daha önce KHK'ları düzenleyen 90'ıncı maddesi tümüyle değiştirilmiş ve "Milletlerarası andlaşmaların onaylanmasının uygun bulunmasına dair teklifler" başlığı altında bu maddede andlaşmaların onaylanmasının TBMM tarafından uygun bulunması usulü yeni sisteme uygun biçimde düzenlenmiştir.

2017 Anayasa değişiklikleri ile Cumhurbaşkanının kanunları veto yetkisinin niteliği de değiştirilmiş ve geciktirici veto yetkisi güçleştirici veto yetkisine dönüştürölmüştür (Anayasa, md.89/3). İçtüzüğün kanun tekliflerinin Genel Kurulda görüşölmesi usulünü düzenleyen 81'inci maddesi bu değişiklikle uyumlu hale getirilmiştir.

2017 değişiklikleri ile yürütme ve yasama organlarının, birbirlerinin çalışmalarına katılma ve aynı organlarda yer alma bağlamında, daha katı bir biçimde birbirinden ayrıldığı bir hükümet sistemi kurulduğu için parlamentoda yürütmenin temsiline hangi hallerde, hangi kapsamda ve ne şekilde olabileceğinin de buna uygun biçimde ayrıca düzenlenmesi gerekmiştir. Bu doğrultuda "hükümetin temsili" başlıklı 62'inci madde değiştirilmiş ve "Yürütmenin Temsili" başlığı altında bu husus sil baştan düzenlenmiştir. Gündem dışı söz vermeye ilişkin kuralları düzenleyen 59'uncu maddede daha önce "hükümet"e de bu yönde söz verilebileceği öngörölüyor iken, bu maddede geçen "Hükümet" kelimeleri "Cumhurbaşkanı, Cumhurbaşkanı yardımcıları ve bakanlar" olarak değiştirilmiştir.

TBMM Genel Kurulunun gerçekleştirdiği kapalı oturumlara kimlerin katılabileceği hususu da yeniden düzenlenmiştir. Daha önce İçtüzüğün 70/4'üncü maddesinde "Bakanlar ve dinleyici olarak cumhurbaşkanı kapalı oturumlarda bulunabilirler" ibaresi yer alıyorken bu fıkra "*Cumhurbaşkanı yardımcıları, bakanlar, bakan yardımcıları ve üst kademe kamu yöneticileri 62'nci maddede belirtilen hallerde aynı maddede belirtilen usulle kapalı oturumlarda bulunabilirler.*" biçimine dönüştürölmüştür.

Yürütmenin komisyon toplantılarına katılımına ilişkin hükümler de değiştirilmiştir. Komisyon toplantı çağrılarının Cumhurbaşkanlığına da gönderileceği (md.26), Komisyon toplantılarına Cumhurbaşkanı yardımcıları, bakanlar, bakan yardımcılığı ve üst kademe kamu yöneticilerinin de katılabileceği (md.30, 31) ancak değişiklik önerileri verme ve oy kullanma yetkilerinin olmayacağı öngörülmüştür (md.31). Ayrıca bu kişilerin kapalı oturumlarda da bulunabileceği hükme bağlanmıştır (md.32).

Görüldüğü üzere 2018 değişiklikleri büyük ölçüde Anayasa değişikliğine uyum sağlama amacıyla yapılmıştır. Ancak bunun yanında, Anayasa değişikliğinden bağımsız ve İçtüzüğün özünü çok fazla etkilemeyen diğer bazı değişiklikler de gerçekleştirilmiştir.

Bu değişikliklerin bir kısmı, belli bir süredir işlevsiz durumdaki bazı hükümlerin içtüzük metninden çıkarılması amacına yöneliktir. Örneğin daha önce kaldırılmış olan Hesapları İnceleme Komisyonu metninden çıkarılmıştır; yine Anayasa ve kanunlarda idam cezası kaldırılmış olmasına rağmen İçtüzükte varlığını sürdüren bu konudaki hükümler temizlenmiştir (md.92).

Değişikliklerin bir kısmı ise, teamül haline gelmiş bazı uygulamaların içtüzüğe aktarılmasını sağlamayı amaçlamıştır. Örneğin, artık gelen kağıtların önemli bir kısmı fiziki olarak değil, elektronik yoldan dağıtıldığından, bu uygulama İçtüzük kurallarına yansıtılmıştır.

Bunlar dışında diğer bazı küçük çaplı değişikliklerin de olduğunu belirtmek gerekir. Örneğin, İçtüzüğün 19'uncu maddesinin birinci fıkrası değiştirilerek Danışma Kurulunun kimlerden oluşacağı hususu yeniden düzenlenmiştir. Bu çerçevede TBMM Başkanvekillerinin de Danışma Kuruluna başkanlık edebileceği ve siyasi parti gruplarından sadece grup başkanı ve başkanvekillerinin Danışma Kurulu toplantılarına katılabileceği hüküm altına alınmıştır. İçtüzüğün 21'inci maddesinde değişiklik yapılarak, Plan ve Bütçe Komisyonu ile Dilekçe Komisyonu üyeliğine seçilen milletvekillerinin diğer komisyonlarda da görev alabilmesine imkan tanınmıştır. Ayrıca siyasi parti gruplarına komisyondaki üyelerini değiştirme olanağı sağlanmıştır.

DEĞERLENDİRME VE SONUÇ

1876'dan günümüze Türkiye'de yapılan parlamento içtüzüklerini ve içtüzük değişikliklerini çeşitli bakımlardan değerlendirmek mümkündür. Öncelikle belirtmek gerekir ki, Türkiye Cumhuriyeti Devleti bir asrı aşan bir parlamento geleneğine sahiptir ve parlamento içtüzükleri, gerek parlamenter

yaşamdan etkilenerek gerekse parlamenter yaşamı etkileyerek bu sürecin en önemli parçalarından birisi olmuştur. Türkiye'de parlamento içtüzüklerinin gelişim serüvenini genel hatlarıyla inceleyen bu çalışma bu iki yönlü ilişkinin örneklerini ortaya koymaktadır.

Türkiye'de içtüzüklerin gelişim serüveninde dikkati çeken ilk nokta, yeni içtüzük yapımının çok nadir gerçekleşmiş olmasıdır. Bir asırlık cumhuriyette, (1961 dönemi parlamento içtüzüklerini tek olarak sayar ve askeri darbe dönemlerinde yapılan içtüzükleri bir kenara koyarsak) yalnızca iki defa içtüzük yapılmıştır. 1921, 1924, 1961 ve 1982 Anayasalarının her biri bir önceki anayasaya kıyasla meclis örgütlenmesinde ve meclisin görev ve yetkileri bağlamında çok önemli değişiklikler getirmiş olmasına rağmen, anayasa değişikliklerini içtüzük değişikliklerinin izlediği bir tarihsel süreç tam anlamıyla gerçekleşmemiştir. Bu durum, bu yönde bir ihtiyaç duyulmamış olması yahut bu yönde bir çaba gösterilmemesinden değil, yeni içtüzük yapmada yaşanan zorluklardan kaynaklı görünmektedir. Bir önceki dönemdeki içtüzükleri değiştirerek uygulamak daha çok tercih edilen bir yöntem olmuştur.

Zira 1921 ve 1924 anayasaları döneminde 1877 Heyet-i Mebusan Dahili Nizamnamesi uygulanmış; 1927'de cumhuriyetin ilk meclis içtüzüğü yapılabilmıştır. 1961 anayasasının yapılması ile siyasal sistemde ve yasama organının kuruluş ve işleyişinde çok köklü değişiklikler yapılmış olmasına karşın 1961 Anayasası döneminde de yeni bir içtüzük hemen çıkarılamamış ve iki meclisli bir parlamentonun kurulduğu bu dönemde meclislerin içtüzükleri hep gecikmeli olarak yapılmıştır. Öyle ki, Millet Meclisi içtüzüğü ancak 1973 yılında yapılabilmıştır. Bu tarihe değin 1927 tarihli Dahili Nizamname değiştirilerek uygulanmaya devam etmiştir. Aynı durum 1982 anayasasının ardından da yaşanmıştır. Parlamentonun kuruluşunu ve işleyişini yine önemli bir biçimde değiştiren bir anayasa yapılmış olmasına karşın yeni bir içtüzük yapma girişimlerinden sonuç alınamamış ve 1973 tarihli Millet Meclisi İçtüzüğü birçok defa değiştirilerek bugüne kadar uygulanmaya devam etmiştir. Yürürlükteki TBMM içtüzüğü hala bu içtüzüktür. O halde denilebilir ki, Türkiye'de içtüzüklerin evrimi daha sıklıkla içtüzük değişiklikleri yoluyla gerçekleşmiştir.

Türkiye'de içtüzüklerin içerik bakımından nasıl bir dönüşüm geçirdiğini detaylı biçimde tartışmaya bu çalışmanın sınırları imkan vermez ancak belli başlı noktalar üzerinden genel bir resim ortaya konulabilir.

Öncelikle vurgulamak gerekir ki, bugünkü parlamento teamülleri ve

mevcut içtüzük Osmanlı döneminden bugüne uzanan zengin deneyimin bir ürünüdür. Bunun en temel göstergesi yürürlükteki içtüzükte yer alan kimi usullerin ve kuralların izlerinin 1877 Dahili Nizamnamesinin ilk biçimine kadar sürülebilir olmasıdır.¹²⁶ Örneğin yürürlükteki içtüzüğümüzün 8'inci maddesine göre Meclis Başkanı seçilinceye kadar en yaşlı milletvekili Geçici Başkanlık görevini yapmakta, en genç üyelere ise geçici katiplik görevi verilmektedir. Bu uygulama 1877 Heyet-i Mebusan Dahili Nizamnamesinde de benimsenmiş ve o günden bugüne uygulanagelmıştır. Başkanlık Divanının yapısı da geçmişten bugüne ufak değişiklikler geçirerek aynı kalmıştır. Üye sayıları değişmekle birlikte, 1877'den bugüne Başkanlık Divanı, başkan, başkanvekilleri, katip üyeler ile idare amirlerinden oluşan bir yapı olarak şekillenmiştir. 1877'den beri mecliste oylamanın üç biçimi vardır: İşaretle oylama, açık oylama ve gizli oylama. Bunların yapılaş biçimleri, ufak değişiklikler olmakla birlikte, aşağı yukarı aynıdır. Meclisin iç disiplinine ilişkin düzenlemelerin de bugüne kadar değişmeden gelen yönleri vardır. Örneğin 1877'den beridir mecliste üç tür disiplin yaptırımı uygulanmaktadır: Uyarma, kınama ve meclisten geçici olarak çıkarma. Ancak elbette bu yaptırımların hangi hallerde ve ne şekilde uygulanacağı zaman içerisinde değişimler göstermiştir.

Buna karşılık geçmişten bugüne çok kapsamlı değişimin yaşandığı konular da vardır. Örneğin her ne kadar Meclisin iç yapısı belli bakımlardan benzer özellikler göstermeye devam etmiş olsa da, bazı bakımlardan ciddi bir değişim geçirmiştir. 1877 Dahili Nizamnamesinde meclisteki temel organlardan birisi şubelerdir. Ancak zaman içerisinde şubeler biçimindeki yapılanmadan vazgeçilmiştir. Yine, ilk dönemlerde meclis içinde siyasi parti grupları biçiminde bir yapılanma yoktur. Ancak siyasi parti olgusunun siyasal yaşam içerisinde kilit bir rol üstlenmesi ile birlikte, meclis içerisindeki işleyişte de siyasi parti gruplarına önemli bir yer verilmeye başlanmıştır.

Türkiye'de içtüzüklerdeki köklü değişikliklerin önemli bir bölümü anayasal sistemde yaşanan değişimlerden kaynaklanmaktadır. Özellikle yasama organının üstlenmiş olduğu görevlerin ve yasama-yürütme arasındaki ilişkinin değişmesi içtüzüklerin belli hükümlerinin köklü biçimde değişmesine yol açmıştır. Örneğin seçimlerin denetimi usulü olarak siyasal denetimin benimsendiği dönemlerin içtüzüklerinde, bu denetimin yapılaş usulünü düzenleyen hükümlere de yer verilmiştir. Seçimlerin yargısal denetiminin

¹²⁶ Fahri Bakırcı, *Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Kurulundaki Yerleşik Uygulamalar*, TBMM Basımevi, 2015.

benimsenmesi ve YSK'nın kurulması ile birlikte bu hükümler içtüzükten çıkarılmıştır. Yine cumhuriyetin ilk yıllarında kanunların yorumlanması (tefsiri) yetkisine de sahip olan yasama organının bu yetkisine ilişkin içtüzükteki düzenlemeler anayasa yargısının tesis edilmesiyle birlikte içtüzükten çıkarılmıştır. Cumhurbaşkanlığı makamının oluşturulması ve meclis tarafından seçiminin benimsenmesi ile birlikte içtüzüklerde cumhurbaşkanının seçimi usulünü düzenleyen hükümler yer almaya başlamıştır. 2007'de Cumhurbaşkanının halk tarafından seçileceğine ilişkin Anayasa değişikliğinin yapılması, bu hükümlerin içtüzükten çıkarılmasına yol açmıştır. Esasında denilebilir ki, yasama dönemi, milletvekili sayısı, hükümet sistemi, yasamanın görevleri, anayasanın değiştirilmesi usulü, toplantı ve karar yetersayıları, yasama dokunulmazlığı vb. konulara ilişkin genel esaslar bizzat Anayasada belirlenmiş olduğundan, bu hususlarda yapılan her anayasa değişikliği içtüzüğün de değişmesine kaynaklık etmiştir.

Anayasal sistemde ve genel anlamda siyasal yapıda, siyasal dengelerde ve yönelimlerde yaşanan değişimlerden kanun yapım usulünü düzenleyen hükümler de sıkça etkilenmiştir. 1876 dönemi Osmanlı parlamentosunda uygulanan kanun yapım usulünden günümüz TBMM'sinde uygulanan kanun yapım usulüne değin geçen süreçte, her dönemin/anayasal sistemin özelliklerine göre ilgili düzenlemeler yeniden biçimlendirilmiştir. Ancak belirtmek gerekir ki, kanun yapımının geçmişten bugüne çok köklü biçimde değişen yönleri olduğu gibi fazla değişmeden bugüne kadar gelen yönleri de vardır. Örneğin Genel Kurulda önce tasarının/teklifin tümü üzerinde görüşme yapılması, sonra tek tek maddelerin görüşülmesine geçilmesinin oylanması gibi usule ilişkin kimi detaylar 1877 Nizamnamesinin ilk biçiminde de mevcuttur. Buna karşılık bu dönemde kanunların görüşülmesinde beş gün ara ile iki defa görüşme kuralı vardır ve 1927 Nizamnamesinin ilk biçiminde de iki defa görüşme usulüne yer verilmiştir. Ancak sonraki dönemlerde iki defa görüşme kuralı kaldırılmıştır. Bugün kanun teklifleri Genel Kurulda bir defa görüşülmektedir.

Bazı içtüzük değişiklikleri meclisin iç işleyişindeki deneyimlerden çıkarılan sonuçların bir ürünüdür. Mevcut usullerin eksik, yanlış, yetersiz, geri kalmış vs. olduğunun pratikte tespit edilmesi bu usullerin değiştirilmesine kaynaklık etmiştir. Bu bağlamda ihtiyaç doğdukça sürekli değiştirilen hükümlerin başında komisyonların kuruluşu ve işleyişine ilişkin hükümler gelir. Öyle ki, içtüzüklerde en sık değiştirilen maddeler komisyonlara ilişkin maddelerdir. Özellikle de komisyonların kuruluşuna dair hükümler,

yeni komisyon kurma, eskilerini kaldırma, üye sayılarında değişiklik yapma gibi ihtiyaçların ortaya çıktığı her durumda değişikliğe uğramıştır. Ancak komisyonlara ilişkin esas dönüşüm meclis komisyonlarının ihtisas komisyonları ve özel amaçlara yönelik komisyonlar biçiminde ayrışmasıdır. 1877 nizamnamesinin ilk biçiminde, komisyonların genellikle şubeler nezdinde kurulduğunu (genel kurul tarafından da kurulmaları mümkündür), ancak bunların belli uzmanlık alanlarına göre sınıflandırılmış “ihtisas” komisyonları biçiminde olmadığını görüyoruz. Bu durum kanunların yapılmasında yasama organına tanınan sınırlı yetkinin bir ürünü olarak da düşünülebilir. Nitekim 1909 Anayasa değişikliklerinin ardından yapılan içtüzük değişikliği ile ilk kez ihtisas komisyonlarının kurulması söz konusu olmuştur. O günden bugüne içtüzüklerde, komisyonların oluşumu bağlamında, ihtisas komisyonları ve özel komisyonlar biçiminde bir yapılanma vardır.

Pratikte edinilen deneyimlerin ve değişen koşulların bir sonucu olarak içtüzük değişikliklerine sıklıkla konu edilen bir diğer husus ise meclis görüşme usulüdür. Genel Kurulda yahut komisyonlarda bir konunun görüşülmesinde söz alma sırasına ve sürelerine ilişkin hükümler ile meclisteki görüşmelerin hızını etkileyen diğer bazı hükümler birçok defa değişikliğe konu edilmiştir.

Parlamento kelimesi “konuşulan, müzakere edilen yer” demektir.¹²⁷ Teoride parlamentolar, toplum içindeki farklı görüş ve yaklaşımları yansıtan yelpazenin bir minyatürü olmalıdır ve burada yapılan müzakereler aracılığı ile millet/halk iradesi ortaya çıkarılmalıdır. Bu bakımdan milletvekillerinin bu iradenin ortaya çıkarılması sürecine kısıtlamalar olmadan katılabilmesi büyük bir önem teşkil eder. Genel Kuruldaki görüşmelerin mümkün olduğunca sınırlandırılmadan yapılması da bunun bir gereğidir. Ancak zamanla parlamentonun üstlendiği görevlerin ve iş yükünün artması, özellikle de toplumsal yaşamın gelişip karmaşıklaşması nedeniyle yapılması gereken kanun sayısının çoğalması, bu görüşmelerin olabildiğince verimli ve hızlı bir biçimde gerçekleştirilmesi ihtiyacını doğurmuştur. Bu durum ise beraberinde bir ikilemi getirmiştir: İhtiyaca uygun sağlıklı kanunların yapılması için alelacele görüşmeler yapılmaması, konunun gerektiği düzeyde etraflıca tartışılabilmesi gerekir. Ancak görüşme sürelerine bir sınır konulmadığında bir kanunun yapılması çok uzun zaman alabilecek, bu süreçte kanunun çıkarılmasına kaynaklık eden ihtiyaç giderilememiş olacaktır. İşte bu ikilem

¹²⁷ Erdoğan Teziç, *Türk Parlamento Hukukunun Kaynakları ve İlgili Anayasa Mahkemesi Kararları*, Fakülteler Matbaası, 1980, s.10.

dünyanın diğer parlamentolarında olduğu gibi Türk parlamentolarında da genel kuruldaki görüşme usullerinin ve kanun yapım usulünün hızlandırılmasını sağlamaya yönelik düzenlemelerin yapılmasına yol açmıştır. Burada makul bir dengenin sağlanıp sağlanmadığı ise o ülkedeki demokrasinin düzeyinin göstergelerinden birisi haline gelmiştir.

Türk parlamentolarında, zamanla, ama özellikle 1957 içtüzük değişikliklerinden başlayarak, görüşme süreçlerinin hızlandırılması ve kısaltılması eğilimi güçlenmiştir. İlk başlarda söz alan milletvekillerinin konuşma sürelerini, söz alma sayısını açıkça sınırlayan hükümler içtüzüklerde yer almazken, zaman içerisinde konuşma sürelerini, söz alabilecek milletvekili sayılarını, sorulabilecek soru sayısını, soruların gündeme alınacağı günleri vb. sınırlayan düzenlemeler içtüzüklerde yerini almaya başlamıştır.

Denilebilir ki, Türkiye'de içtüzük değişikliklerine gerekçe yapılan yaygın nedenlerden birisi parlamento süreçlerinin daha verimli hale getirilmesi, meclisin etkin ve hızlı çalışmasının sağlanması amacıdır. Bu doğrultuda, yapılan kimi değişiklikler gerçekten de meclisin daha hızlı ve verimli çalışmasına katkı sunmuştur. Ancak belirtmek gerekir ki, bu amaçlar kimi zaman (özellikle güçlü hükümetlerin kurulduğu dönemlerde) muhalefetin sesini kısma amacını perdeleyen bir gerekçe olarak da kullanılabilir. Çoğulcu demokrasiyi tam anlamıyla içselleştiremeyen iktidarlar, yasama çalışmalarında azınlığın (muhalefetin) yerini ve rolünü anlamsız, önemsiz, hatta bir engel olarak görebilmekte ve bu "engellere" imkan tanıyan içtüzük düzenlemelerini değiştirmek isteyebilmektedir. Türkiye'de yapılan içtüzük değişikliklerinin bir kısmı bu gerekçeyle itham edilmiş ve eleştirilmiştir. Gerçekten de bu ithamlara konu olan değişikliklerin bir kısmı demokratik bir hukuk devletine uygun olmadığı gerekçesiyle AYM tarafından iptal edilmiştir.

Türkiye'de içtüzüklerin içeriğini, değişimini etkileyen önemli faktörlerden birisi de Anayasa Mahkemesi kararlarıdır. AYM denetimine tabi olan parlamento içtüzüklerinde yapılan değişiklikler sıklıkla AYM önüne götürülmekte ve mahkemenin kararları içtüzüklerin içeriğini önemli biçimde etkilemektedir. Çalışmamızın sınırlarını aşacağı için detaylı değinmek mümkün olmamakla birlikte, belirtmek gerekir ki, yalnızca içtüzük değişikliği adı altında alınan kararlar değil içtüzükteki bir hükme aykırı olarak yahut içtüzükte açık bir hüküm olmayan konularda bir nevi içtüzük hükmü yaratacak şekilde yapılan uygulamalar da AYM tarafından "eylemli içtüzük değişikliği"

olarak kabul edilmekte ve denetlenmektedir.¹²⁸ Nitekim bu şekilde gerçekleşen eylemli içtüzük değişikliklerinin de bir bölümü AYM önüne gitmiştir ve bunların bazıları anayasaya aykırı bulunarak AYM tarafından iptal edilmiştir.

Bunlar içerisinde ilk akla gelen 11. Cumhurbaşkanı'nın seçimine ilişkin verilen AYM kararıdır. 11.Cumhurbaşkanı'nın TBMM Genel Kurulunda yapılan seçiminde, toplantı yetersayısının ne olması gerektiği konusunda usul tartışması yaşanmış; Meclis Başkanı konuyu Genel Kurulun oyuna sunmuş ve oylamada genel toplantı yetersayısının yeterli olacağı kabul edilerek seçimin ilk turu buna göre yapılmıştır.¹²⁹ Bu karar eylemli içtüzük değişikliği olduğu gerekçesiyle AYM'nin önüne götürülmüş ve AYM söz konusu uygulamanın anayasaya aykırı olduğuna karar vermiştir.¹³⁰ Bu tartışma ve ardından verilen AYM kararı bir anayasa değişikliği yapılmasına kaynaklık etmiştir. 2007 yılında değişiklik ile Cumhurbaşkanı'nın halk tarafından seçileceği ve TBMM'nin, yapacağı seçimler dahil bütün işlerinde, üye tamsayısının üçte biri ile toplanacağı düzenlemeleri getirilmiştir.¹³¹ Bu ise ilgili içtüzük hükümlerinin değiştirilmesine yol açmıştır.

Bu örnekler gösteriyor ki AYM kararları da içtüzük değişikliklerinin gelişim serüveninde önemli bir yere sahiptir. Sadece eylemli içtüzük değişiklikleri bakımından değil, içtüzük değişikliği adı altında yapılan işlemler bakımından da AYM'nin vermiş olduğu iptal kararları önemli bir yere sahiptir ve içtüzüklerin değişiminde yön verici bir rol oynamıştır. Çalışmamız içerisinde değindiğimiz “temel kanun” düzenlemesi bunun çarpıcı bir örneğidir.

Son olarak, içtüzüklerin içeriğini etkileyen bir eğilime daha değinmek gerekir: yasama-yürütme arasındaki güç dengesinin yürütme lehine değiştirilmesi eğilimi. Özellikle 1971 askeri muhtırası ardından yapılan anayasa değişikliklerinde, 1982 anayasasında ve bu anayasa döneminde yapılan anayasa değişikliklerinde yürütmenin güçlendirilmesi eğilimi hakimdir.¹³² Bu

¹²⁸ “İçtüzüğün bir kuralının değiştirilmesi ya da İçtüzüğe yeni bir kural konulması niteliğinde olan TBMM Genel Kurulu kararları ise, yeni bir İçtüzük kuralı sayılır.” AYM, 28.12.1999, E.1999/37, K.1999/49. Belirtmek gerekir ki, sonraki yıllarda sadece maddeler üzerinde değil kanun görüşmesinin tümünde soru-cevap işlemi 10 dakikayla sınırlayan bir içtüzük değişikliği yapılmış ancak AYM bunu Anayasa aykırı bularak iptal etmiştir. Bkz. dipnot 100.

¹²⁹ TBMM Tutanak Dergisi, Dönem: 22, Yıl: 5, Cilt:155, 27 Nisan 2007, s.56-80.

¹³⁰ AYM, 01.05.2007 tarih ve E.2007/45, K.2007/54.

¹³¹ 31.05.2007 tarih ve 5678 Sayılı Kanun. (R.G. 16.06.2007, Sayı: 26554).

¹³² Bkz. Turgut Tan, “1982 Anayasası Yönünden Yürütme Görevi ve Yetkisinin Niteliği (Güçlü Devlet ya da Güçlü Yürütme)”, *Anayasa Yargısı*, (1), 1984, s.3-14; İbrahim Kaboğlu ve Eric

durum bütçe kanunun onaylanması prosedüründen, yürütmenin denetlenmesi araçlarının kullanım usulüne değin birçok hususta yürütme/iktidar lehinde önemli değişikliklerin yapılmasına yol açmıştır. Örneğin bugün meclis soruşturması usulünün işletilmesi önceki dönemlere göre çok daha zordur.

Sales, *Darbe ve Demokrasi Sarkacında Türk Anayasa Hukuku*, Çev. ve Ed: İrem Berksoy, Legal Yay., İstanbul, 2018, s.48-49; Tanör, İki Anayasa, s.115; Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, s.61-62; Gözler, s. 803 vd.

KAYNAKÇA

Aldıkaçtı O, *Anayasa Hukukumuzun Gelişmesi ve 1961 Anayasası (Ders Notları)*, Fakülteler Matbaası, 1970.

Alpaslan Ş, “İçtüzüklerin Hukuki Niteliği ve Anayasa Yargısındaki Yeri”, *İÜHF Mecmuası*, 42 (1-4), 1976, s. 61-83.

Anayurt Ö, *Anayasa Hukuku Genel Kısım (Temel İlkeler, Kavram ve Kurumlar)*, 6.Baskı, Seçkin Yay., 2023.

Armağan S, *Memleketimizde İçtüzükler*, Fakülteler Matbaası, 1972.

Aybay R, “Yasama Meclislerinin İçtüzükleri”, *Siyasi İlimler Türk Derneği (Haz.) Türk Parlamentoculuğunun İlk Yüzyılı: 1876-1976*, Ajans Türk Gazetecilik ve Matbaacılık, 1976, s. 283-326.

Bakırcı F, *Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Kurulundaki Yerleşik Uygulamalar*, TBMM Basımevi, 2015.

Bakırcı F/ Gençkaya Ö F/ Ergül O/ Kılıç A/ Arslan G A/ Yüksel İ, *Parlamento Hukukuna Giriş*, 2.Baskı, Lykeion Yay., 2022.

Çoker F, *Türk Parlamento Tarihi Milli Mücadele ve T.B.M.M. Birinci Dönem 1919 – 1923 I. Cilt*, TBMM Vakfı Yayınları, 1994.

Eren A, *Anayasa Hukuku Dersleri, Genel Esaslar - Türk Anayasa Hukuku*, 5. Baskı, Seçkin Yay., 2023.

Gözler K, *Türk Anayasa Hukuku*, 4. Baskı, Ekin Yay., 2021.

İba Ş, *Parlamento İçtüzük Metinleri Osmanlı'dan Günümüze*, Türkiye İş Bankası Kültür Yay., 2009.

İba Ş, *Parlamento Hukuku*, 6. Baskı, Turhan Kitabevi, 2017.

Kaboğlu İ/ Sales E, *Darbe ve Demokrasi Sarkacında Türk Anayasa Hukuku*, Çev. ve Ed: İrem Berksoy, Legal Yay., 2018.

Kocaman H/ Gökçimen S, *Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü Değişiklikler, Gerekçeler, Tutanaklar, I ve II. Cilt*, TBMM Basımevi, 2012.

Neziroğlu İ, *Türk Parlamento Hukukunun Temel Kavramları*, Seçkin Yay., 2008.

Okandan R G, “Pozitif Âmme Hukukumuzun Gelişmesi Bakımından

1945 – 1960 Devrinin Özellikleri”, *IÜHF*, 29 (1-2), 1963, s. 3-16.

Onar E, *Meclis Araştırması*, AÜHF Yay., 1977.

Özbudun E, “Parlamento Kararları ve Yasama Meclislerinin İçtüzükleri”, *AÜHFD*, 26 (1-4), 1979, s. 3-20,

Özbudun E, *Türk Anayasa Hukuku*, 21.Baskı, Yetkin Yay., 2021.

Tan T, “1982 Anayasası Yönünden Yürütme Görevi ve Yetkisinin Niteliği (Güçlü Devlet ya da Güçlü Yürütme)”, *Anayasa Yargısı*, Cilt:1, 1984, s. 3-14.

Tanör B, *İki Anayasa 1961-1982*, 3.Baskı, Beta Yay., 1994.

Tanör B, *Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri (1876-1980)*, 14.Baskı, YKY Yay., 2006.

Tanör B/ Yüzbaşıoğlu N. *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, 20.Baskı, Beta Yay., 2021.

Teziç E, *Türk Parlamento Hukukunun Kaynakları ve İlgili Anayasa Mahkemesi Kararları*, Fakülteler Matbaası, 1980.

Teziç E, *Anayasa Hukuku*, 16.Baskı, Beta Yay., 2013.

Tunaya T Z, *Siyasal Kurumlar ve Anayasa Hukuku*, 5.baskı, Araştırma, Eğitim, Ekin Yayınları, 1982.

Tunç H, *Türk Anayasa Hukuku*, 2.Baskı, Gazi Kitabevi, 2019.

Yüksel N, “Türk Parlamento Hukukunda ‘Bütçe’ Komisyonu”, *Sayıştay Dergisi*, (56), 2005, s. 3-22.

Hukuk Fakültesi Dergisi
Ankara Hacı Bayram Veli University
Faculty of Law Review

ISSN: 2651-4141 e-ISSN: 2667-4068
Cilt/Volume XXVIII Temmuz/July 2024 Sayı/No. 3

İDARE HUKUKU CEPHESİNDEN SPOR GÜVENLİK KURULU VE
KARARLARI ÜZERİNE BİR DEĞERLENDİRME

REVIEW OF SPORTS SECURITY BOARDS AND THEIR DECISIONS
FROM AN ADMINISTRATIVE LAW PERSPECTIVE

Bahadır APAYDIN*  

ÖZET

Anayasa'nın ve ilgili spor mevzuatının idareye yüklediği görev ve sorumluluklar kapsamında idarenin, spor etkinliklerinde özerk ve/veya özel hukuk statüsündeki bileşenler ile birlikte hareket etmesi kaçınılmazdır. Bu çerçevede 6222 sayılı Sporda Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesine Dair Kanun ve ilgili yönetmelikler kapsamında merkezi idare içinde "il ve ilçe spor güvenlik kurulları" oluşturulmuştur. Spor güvenlik kurulları, spor etkinliklerinde şiddet ve düzensizliğin önlenmesi ve kamu düzeninin korunması amacıyla çeşitli işlemler tesis ederek idari nitelikte kararlar almaktadır. İdarenin kolluk faaliyeti kapsamında tesis edilen spor güvenlik kurulunun işlemlerinin idare hukuku cephesinden değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu bağlamda; spor güvenlik kurulunun hukuksal temelleri, görev ve yetkileri, yapısı ve karar alma süreçleri, kararların hukuki niteliği ve yargısal denetimi konuları meselenin irdelenmesi bakımından önem arz etmektedir. Çalışmamızda bahsi geçen konular ilgili mevzuat, örnek kurul kararları ve kazai içtihatlar ışığında ele alınmaya çalışılmıştır. Bu çalışmadaki tespitlerden yola çıkılarak, spor güvenlik kurulu kararlarına ve çalışma usulüne dair bazı öneriler getirilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Spor hukuku, Kamu düzeni, İdari işlem, İdari tedbir, Spor güvenlik kurulu

* Dr. Öğr. Üyesi, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku Anabilim Dalı/İSTANBUL, E-Posta: bahadirapaydin@maltepe.edu.tr, ORCID: 0000-0002-1147-5824, DOI: 10.34246/ahbvuhfd.1439806.

- Atıf Şekli/ **Cite As:** Apaydın B, "İdare Hukuku Cephesinden Spor Güvenlik Kurulu ve Kararları Üzerine Bir Değerlendirme", *AHBVÜ Hukuk Fakültesi Dergisi*, 28(3), 2024, s.371-406.
- İntihal / **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.*



ABSTRACT

Within the scope of the duties and responsibilities imposed on Administrations by the Constitution and relevant sports legislation, it is inevitable for Administrations to not work together with autonomous and/or private law entities in issues related to Sport Activities. In this scope, Province and District Sports Security Boards have been established within the Central Administration by the Law of Preventing Violence and Disorder in Sports, No.6222, and related regulations. Sports Security Boards, take administrative decisions by putting into force various actions to prevent Violence and Disorder in Sports Activities and to maintain public order. Sports Security Boards' actions, established within Administrations' administrative actions within law enforcement activity must be reviewed from an administrative law perspective. Accordingly, the legal basis of the Sports Security Boards, their Duties and Authorities, their structure, and their decision making process, the legal attributes of their Decisions and their Judicial Review are important topics to examine the issue. Within this work, it has been attempted to examine the aforementioned topics in light of related legislation, exemplary Sports Security Board Decisions and Judicial Precedents. Concluding from the findings of this work, some suggestions related to Sports Security Board Decisions and Their Working Procedure have been offered.

Keywords: Sports Law, Public Order, Administrative Action, Administrative Measures, Sports Security Boards

EXTENDED ABSTRACT

Sports has been an area of mass activity in which there has been widespread participation as spectators or athletes since ancient times. Although it may vary over time sports has various functions of national and international nature, such as social peace, interaction between different cultures, mental and physical development of the individual, military skills and discipline as well as increasing the quality of education. On the other hand, if the rivalry and competition that is inherent in sports reach uncontrollable levels, it can lead to negative consequences in terms of personal and social well-being in addition to possibility of causing social conflicts and disruption of public order. Alongside this facts, in recent years, economic-based factors such as betting have made the management of sports more difficult. In this regard, the state and other public legal entities have played an important role in the management of sports, especially within the scope of the law enforcement activities of the administration. Two main steps are taken by the state in this context: Creating the legislative infrastructure of sports management and establishing and managing the administrative units that will carry out sports management activities.

The management of sports in Turkey is carried out by the central administration as a public legal entity. On the other hand, within the scope of the duties and responsibilities imposed on the administration by the Constitution and the relevant sports legislation, it is inevitable for the administration to act together with components that has

autonomous and/or private law status in sports events. In this context, “Provincial and District Sports Security Boards” were established within the central administration through Law No. 6222 on the Prevention of Violence and Disorder in Sports and relevant regulations.

Sports security boards take administrative decisions by establishing various procedures in order to prevent violence and disorder in sports events and to protect public order. As such, the actions of the sports security board established within the scope of the administration’s law enforcement activities need to be evaluated from an administrative law perspective. In this context, the legal foundations, duties and powers, structure and decision-making processes of the sports security board, the legal nature and judicial review their decisions are important in examining the issue.

The issues mentioned in our study are discussed in the light of relevant legislation, sample board decisions and judicial precedents. Based on the findings in the study, various conclusions are reached regarding the sports safety board’s decisions and working procedures and some suggestions are made. At this point, within the scope of our study it is possible to make the following findings and suggestions regarding the issues we drew attention to:

-The increasing prominence of the commercial aspect of sports events brings the the operations carried out by the sports security board within the scope of law enforcement beyond the classical law enforcement activities. Ensuring public order at sports events also requires coordination of private security services. The sports security board has been entrusted with broad powers in this context. The administration should take measures to encourage security companies to specialize in the field of “private sports security services”.

-Especially in metropolitan provinces, law enforcement personnel alone cannot be expected to be sufficient in taking necessary measures at sports events. In this regard, it would be appropriate to include representatives of private legal entities and groups in the formation of sports security boards. However, in practice, it is understood that the sports safety board does not sufficiently comply with the working principles stipulated in the legislation. The decision-making processes exercised by the sports security boards that are not compatible with the board structure. Decisions are made only with the participation of the governor and the police chief, contrary to the principle of collective action. The board mechanism is not operated and therefore the participation of the components of the sport cannot be ensured. In order to prevent this situation, a board meeting quorum should be introduced.

-Further, as the decisions of the sports security board are administrative actions, they are open to administrative judicial review. There is no restrictive regulation in this regard. However; the fact that some board decisions take effect in a short time requires special arrangements in terms of time periods in administrative judicial review. Special provisions may be introduced, as in the summary procedure, on issues

such as the period for filing a lawsuit, the period for making a decision on the merits, response periods, and evaluation of requests for stay of execution or legal remedy periods. Otherwise, there will be no effective judicial review of actions restricting some fundamental rights. For this reason, it is possible to say that the legislation needs some improvements within the framework of administrative law principles and rules.

GİRİŞ

Spor, antik devirlerden beri seyirci ya da sporcu olarak geniş katılımın olduğu, kitlesel bir etkinlik alanıdır. Sporun ulusal ve uluslararası nitelikte çeşitli işlevleri vardır. Zamana göre değişkenlik göstermekle beraber sporun; toplumsal barış, farklı kültürler arasında etkileşim, bireyin zihinsel ve bedensel gelişimi, askeri beceri ve disiplin, eğitimin niteliğinin artırılması gibi konularda çok yönlü işlevleri vardır. Diğer yandan sporun doğasında yer alan yarışma ve rekabet olgularının kontrol edilemez noktalara ulaşması kişi ve toplum güvenliği bakımından olumsuz sonuçlara yol açabilmektedir. Böyle haller toplumsal çatışmalara ve nihayetinde kamu düzeninin bozulmasına sebebiyet verebilmektedir. Hem işlevsel çeşitliliği hem de geniş kitleleri etkilemesi nedeniyle sporun yönetimi bu noktada büyük önem kazanmıştır. Son yıllarda bahis gibi ekonomik temelli unsurların spor faaliyetlerinin neticelerine endekslenmesi ise sporun yönetimini daha güç bir faaliyete dönüştürmüştür.

Spor etkinliklerinin ulusal ve uluslararası ölçekte çeşitlenmesi ve yoğunlaşması, spor yönetimini ulusal ya da uluslararası özel hukuk kişileri eliyle yürütülen amatör bir uğraş olmaktan çıkarmıştır. Bu minvalde devlet ve diğer kamu tüzel kişileri, sporun yönetiminde bilhassa idarenin kolluk faaliyetleri kapsamında önemli bir rol üstlenmiştir. Devlet tarafından bu bağlamda başlıca iki adım atılmaktadır: Spor yönetiminin mevzuat alt yapısını oluşturmak ve spor yönetimi faaliyetini yürütecek idari birimleri kurmak ve yönetmek.

Türkiye’de sporun yönetimi, kamu tüzel kişisi olarak merkezi idare eliyle yürütülmektedir. Sporun yönetiminde yer alan diğer bileşenler spor kulüpleri¹,

¹ 2022 yılında yürürlüğe giren 7405 sayılı Spor Kulüpleri ve Spor Federasyonları Kanunu, spor kulübünden bağımsız bir spor anonim şirketi kurulabilmesini mümkün kılmıştır. (m. 2-i bendi): “Spor anonim şirketi: Bir spor kulübünün bağlı ortaklığı veya iştiraki olarak ya da spor kulübünden bağımsız şekilde 13/1/2011 tarihli ve 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’na

dernekler² ve hukuki niteliği tartışmalı olan özerk spor federasyonları³ ise özel hukuk statüsünde faaliyetlerini yürütmektedirler. Bununla beraber spor federasyonlarını kamu tüzel kişisi yada hem kamu hem de özel hukuk tüzel kişiliğine sahip, “çift kimlikli”⁴ istisnai bir tüzel kişiler olarak kabul eden azınlıkta görüşler mevcuttur. Esasen “çift kimlikli” tüzel kişi yerine Danıştay’ın da benzeri durumlarda tercih ettiği “*kamu tüzel kişiliğine yaklaşan müessese*” olarak kabulü daha uygun olabilir⁵. Gerekçeleri itibarıyla kabul edilebilir olan bu görüşler, AYM içtihadı⁶ ile paraleldir. Burada asıl sorun mevzuatta birden

göre kurulan ve spor faaliyetinde bulunmak amacıyla Bakanlığa tescilini yaptıran anonim şirketi”. Spor Kulüpleri ve Spor Federasyonları Kanunu, RG Tarih: 26.04.2022, Sayı: 31821.

- ² Bazı spor kulüpleri 5253 sayılı Dernekler Kanunu’na göre kurulup bu statüde faaliyet göstermektedir. Bu kulüpler Dernekler Kanunu ve genel kanun niteliğindeki Türk Medeni Kanunu’na göre (m. 56) özel hukuk kişisidir. 7405 sayılı Spor Kulüpleri ve Spor Federasyonları Kanunu’nun ve ilgili diğer mevzuatın yürürlüğe girmesiyle, dernek olarak İçişleri Bakanlığı Sivil Toplumla İlişkiler Genel Müdürlüğü’ne bağlı olan spor kulüpleri ve dernekleri gençlik derneği olarak örgütlenmeye karar vermedikçe Gençlik ve Spor Bakanlığı’na bağlanmıştır.
- ³ Spor federasyonlarının hukuki niteliği ve idari teşkilat içindeki yeri tartışmalıdır. Bu konuda doktrinde ve yüksek mahkeme içtihatlarında farklı görüşler mevcuttur. Federasyonların hukuki statüsü ile ilgili mevzuatta açık bir hüküm yoktur. Ancak TFF gibi bazı federasyonların kuruluş kanununda açıkça özel hukuk hükümlerine tabi olduğu belirtilmektedir. Spor mevzuatındaki güncel gelişmeler dikkate alındığında spor federasyonlarının özel hukuk tüzel kişisi olma özelliği ağırlık kazanmaktadır. Federasyonların hukuki niteliğinin tespiti, idari teşkilat içindeki konumlarını da belirlemektedir. Bu konudaki tartışmalar için bkz. Mustafa Avcı, “Spor Federasyonlarının Hukuki Niteliği, İdari Teşkilat İçindeki Konumu ve Bağımsızlığı Sorunu”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası (İÜHFİM)*, 70 (2), 2012, ss. 3-20; Oğuz Han Kuru, *Türk Hukukunda Spor Federasyonlarının Hukuki Statüsü*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2019.
- ⁴ Spor federasyonlarının hukuki statüsü hakkında bkz. Ali D. Ulusoy, *Türk İdare Hukuku*, 5. Baskı, Yetkin Yayınları, 2022, s. 280-281; Mustafa, s.17-18. Spor federasyonlarının kamu tüzel kişiliğine sahip olduğu görüşü benimsenirse işlemlerini “idari işlem” kategorisinde değerlendirmek gerekir. Ancak AY m. 59/ ek fıkra 3’e göre “*Spor federasyonlarının spor faaliyetlerinin yönetimine ve disiplinine ilişkin kararlarına karşı ancak zorunlu tahkim yoluna başvurulabilir. Tahkim kurulu kararları kesin olup bu kararlara karşı hiçbir yargı mercine başvurulamaz*”. Bu nedenle spor federasyonlarının ilgili kararlarına karşı adli ve idari yargı yolu kapalıdır.
- ⁵ “... Bu itibarla, Adalet Teşkilatını Güçlendirme Vakfının yukarıda anılan Uyuşmazlık Mahkemesi kararında da belirtildiği gibi “Adalet hizmeti”ne yardımcı ve “o”na bitişik olarak kamu hizmeti yerine getiren ve ağırlıklı olarak kamusal bir nitelik taşıması dolayısıyla da kamu tüzel kişiliğine yaklaşan yeni bir müessese olduğunun kabulü gerektiğinden anılan Vakfın, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu kapsamında kabul edilmesi gerektiği sonucuna varılmıştır.” İ.D.D.K., E. 2006/2958, K.2010/910, T.6.5.2010
- ⁶ AYM spor federasyonlarının hukuki statüsü ile ilgili yorumunda federasyonları hizmet yerinden yönetim kuruluşu olarak nitelemiştir. İlgili kararda şu gerekçelere verilmiştir: “... Öte yandan, 5105 sayılı Yasada özerk federasyon kavramına, 6215 sayılı Yasada ise, bağım-

fazla türde spor federasyonunun öngörülmesidir. Spor federasyonları; Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü uhdesinde faaliyette bulunan spor federasyonları, kendi kanunu olan bağımsız ve özel hukuka tabi Türkiye Futbol Federasyonu ve özerk spor federasyonları olarak üçe ayrılmaktadır. Dolayısıyla kendilerini düzenleyen mevzuat hükümleri farklı olduğundan, tamamı için yeknesak bir statü belirlemek mümkün görünmemektedir. Bu durumda TBF ve TVF gibi federasyonları idari teşkilat içinde idari ve mali özerkliğe sahip, hizmet yerinden yönetim kuruluşu olarak nitelemek mümkündür. Ancak doğrudan Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü'ne bağlı olan federasyonlar, ilgili idare teşkilat birimleri arasında olduğundan özerk bir hukuki statüye sahip değildir.

Anayasa'nın ve ilgili spor mevzuatının idareye yüklediği görev ve sorumluluklar kapsamında idarenin, sporun yönetiminde bu özerk ve/veya özel hukuk statüsündeki bileşenler ile birlikte hareket etmesi gerekmektedir. Nitekim sporun paydaşları kişi, toplum, Devlet ve diğer kamu tüzel kişilerinden oluşmaktadır⁷. Bu kapsamda 6222 sayılı *Sporda Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesine Dair Kanun*⁸ ve ilgili yönetmelikler kapsamında merkezi idare içinde *il ve ilçe spor güvenlik kurulları* oluşturulmuştur. Spor güvenlik kurulları, spor faaliyetlerinde bulunan ya da bu faaliyetleri organize eden spor kulüpleri ve spor federasyonları ile işbirliği içinde olmalıdır. Zira spor güvenlik kurullarının faaliyet konusu dikkate alındığında, geleneksel kamu hizmeti-kolluk usulleri ile faaliyetin yürütülmesi, istenen amaca ulaşılmasını güçleştirebilir. Bu noktada idarenin karar alma süreçlerinde “*iyi idare ilkesinin*”⁹ alt başlıklarından biri olan *katılımcılık ilkesinin* öne çıkması gereği değerlendirilebilir¹⁰.

Spor faaliyetlerinin hukuka, spor kurallarına ve toplumsal barışa uygun

*sız spor federasyonu kavramına yer verilmiş olmakla birlikte... Dolayısıyla, bağımsız spor federasyonlarının; 3289 sayılı Yasanın Ek 9. maddesinde belirtilen nitelikleri göz önünde tutulduğunda, **Dairemizin özerk federasyonlarla ilgili başvurusu üzerine Anayasa Mahkemesince verilen iptal kararında ifade edildiği gibi, hizmet yerinden yönetim kuruluşu olduğunda duraksama bulunmamaktadır.*** AYM, E: 2013/77, K: 2014/4, KT: 16.1.2014, RG Tarih: 04.03.2015, Sayı: 29285.

⁷ Burada kişilerden anlaşılması gereken sporcu, yönetici, çalışan, dernek, kulüp, federasyon ve anonim şirketlerdir. Toplum ise taraftar grupları, seyirciler ve kitle örgütleridir. Çağdaş Yurt, *Spor ve Hukuk*, Adalet, 2023, s.19.

⁸ Kabul: 31/3/2011, Yayımlandığı RG: Tarih 14.4.2011, Sayı: 27905.

⁹ Bahtiyar Akyılmaz vd. *Türk İdare Hukuku*, 17. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2023, s. 577-578.

¹⁰ Katılımcılık ilkesi açıkça ilk kez *Kamu Görevlileri Etik Davranış İlkeleri İle Başvuru Usul Ve Esasları Hakkında Yönetmelik*'te zikredilmiştir. RG Tarih: 13.04.2005, Sayı 25785.

gerçekleştirilmesini sağlama görevi Devlet'e anayasal nitelikte getirilen bir yükümlülüktür. 1982 Anayasası'nın “*sporun geliştirilmesi ve tahkim*” başlıklı 59. maddesine göre “*Devlet, her yaştaki Türk vatandaşlarının beden ve ruh sağlığını geliştirecek tedbirleri alır, sporun kitlelere yayılmasını teşvik eder*”. Bu tedbirlerin bir boyutu şiddet ve düzensizliğin önlenerek spor faaliyetlerinin önündeki engelleri kaldırmaktır. Spor faaliyetlerinin gerçekleştirilmesi için getirilen tedbir ve kuralların uygulanması bakımından uygun ortamın temini; hukuk sistemi vasıtasıyla, devlete pozitif yükümlülüğün getirilmesini gerektirmektedir. Bu yönüyle, kamu düzeninin sağlanarak kamu yararına ulaşılması bağlamında “*sportif faaliyetlere dahil sùjelerin faaliyetlerinden ötürü birbirleriyle olan ilişkilerinin düzenlenmesi gereksinimi*”, spor hukukuyla ilintili olmanın yanı sıra idare hukukunu da ilgilendirmektedir¹¹.

Meselenin iç hukuk mevzuatı yanında, şiddet ve düzensizliğin önlenmesi ile ilgili belge ve anlaşmalar yönünden uluslararası boyutu da vardır. Bunların en önemlisi *Sportif Karşılaşmalarda ve Özellikle Futbol Maçlarında Seyircilerin Şiddet Gösterileri ve Taşkınlıklarına Dair Avrupa Sözleşmesi*'dir. Türkiye Sözleşme'nin onaylanmasını 3608 sayılı Kanun ile 18.01.1990 tarihinde uygun bularak iç hukuka aktarmıştır¹². Bu itibarla spor güvenlik kurulları karar alırken ulusal mevzuat yanında uluslararası anlaşmalardaki hükümleri de dikkate almak durumundadır.

Çalışmamızda belirtilen hususlar çerçevesinde öncelikle dünyada ve Türkiye'de spor hukukunun ve spor örgüt ve idarelerinin gelişimine kısaca değinilecektir. Daha sonra spor güvenlik kurulları ile doğrudan ilgili mevzuat ışığında kurulların yapısı ve işleyişi ele alınacaktır. Son olarak ise kurulların kararlarının hukuki niteliği ve yargısal denetimi konuları kazai içtihatlar dikkate alınarak irdelenecektir.

I. TÜRKİYE'DE SPOR İDARELERİ VE SPOR MEVZUATININ GELİŞİMİ

Dünyada 19. yüzyıla kadar spor oyun kurallarından bağımsız bir spor mevzuatı ve spor idaresi ortaya çıkmış değildi. Ulus devlet kurumlarının oluşmasına ve uluslararası ilişkilerin gelişimine paralel olarak spor mevzuatı bu dönemden itibaren ortaya çıkmaya başlamıştır. Spor etkinlikleri için en

¹¹ Onur Kaplan, “Kamu Düzeni Kavramının Sportif Faaliyetler Yönünden Etkileri (İdare Hukuku Odaklı Bir Analiz)”, *Yaşar Hukuk Dergisi*, 3 (2), 2021, <<https://dergipark.org.tr/tr/pub/yhd/issue/64364/977294>>, Erişim Tarihi 10 Şubat 2024, s. 38-39.

¹² RG: Tarih 26.01.1990, Sayı: 20414.

gerekli şey olan “boş zaman”, yine bu dönemin yeni ekonomik-toplumsal düzeni olan kapitalist üretim ilişkileri içinde açığa çıkmıştır¹³. Bu nedenle spor mevzuatının gelişimi ile sanayi devriminin yarattığı toplumsal ekonomik düzen arasında yakın bir ilişki bulunmaktadır. Modern anlamda spor mevzuatı bu ilişkilerin bağrında doğup şekillenmeye başlamıştır.

Spor idaresi bakımından spor mevzuatına dair ilk özgün gelişme 1857 yılında yaşanmıştır. Bu tarihte New York Atletizm Kulübü ile Londra Atletizm Kulübü arasında ilk uluslararası spor müsabakası düzenlenmiştir. 1870 yılında ise İskoçya-İngiltere arasında tarihin ilk uluslararası futbol maçı yapılmıştır. Uluslararası nitelikteki ilk federasyon ise 1870 yılında örgütlenmiş olan Yelken Federasyonu’dur. Ardından 1878’de at yarışçılığı, 1881’de jimnastik, 1892’de kürek ve buz pateni federasyonları kurulmuştur¹⁴. Sanayi devrimini yapan İngiltere spor kurallarının, kavramlarının ve örgütlerinin gelişiminde de söz sahibi olmuştur¹⁵. Spor mevzuatı bakımından önemli bir dönüm noktası ise 1894 yılında Paris’te, olimpiyat oyunlarının yeniden canlandırılması kararının alınarak, çalışmalar yapmak üzere Uluslararası Olimpiyat Komitesi’nin kurulmasıdır. Bu gelişme spor mevzuatında teknik ve yönetsel kural ayrışması sonucunu doğurmuştur. Artık uluslararası spor mevzuatı denilen sistem; Uluslararası Olimpiyat Komitesi’nin (UOK) *ana kuruluş belgesi, tüzük ve düzenleyici kurallar* dizilişine giren hukuk kuralları “*yönetsel alt sistemi*”, UOK’un yetkilendirmesi çerçevesinde idare ettikleri spor dalının teknik kontrolünden sorumlu *uluslararası spor federasyonlarının düzenleyici kural ve yönetmelikleri* de “*teknik alt sistemi*” oluşturmuştur¹⁶. Spor mevzuatındaki gelişim zamanla UOK’un teknik alt sistemini dahi etkilemiş ve Olimpiyatlara katılım sürecini değiştirmiştir. Şöyle ki spora insan hakkı olarak bakan yaklaşım, olimpiyatlara ulusal bir kimlik altında olmadan da sporcuların katılımını sağlamıştır (Barselona 1992). Böylece nitelikli sporcuların Olimpiyat etkinliklerinde spor yapma hakkının tanınmasında “ülkelerin” rolü tekel olmaktan çıkmıştır¹⁷.

¹³ Bahadır Apaydın, “Türk Spor Hukuku’nun Tarihsel Gelişimi”, *GSÜHF Dergisi*, 4(2), 2005, s. 85-87.

¹⁴ Kurthan Fişek, *Spor Yönetimi*, AÜSBF Yayınları, 1980, s.157.

¹⁵ Apaydın, s. 86.

¹⁶ Fişek, s.157-159.

¹⁷ James A. R. Nafziger, “The Mutuality Of National And International Identities In International Sports Law.” *AJIL Unbound*, vol. 114, 2020, <<https://www.jstor.org/stable/26995390>>, Erişim Tarihi 12 Şubat 2024, s. 368-369.

Uluslararası spor mevzuatının düzenleme ve kuralları iç hukuka oldukça hızlı aktarılmıştır. Bu bakımdan konu spor mevzuatı olunca ulusal egemenlik alanı kolayca daraltılabilmektedir. Halbuki devletler, kendilerini uluslararası sisteme dahil edecek anlaşma, sözleşme ve diğer hukuki belgelere karşı daha çekingen bir tutum sergileyebilmektedirler. Bu nedenle spor mevzuatına dair kendine özgü kurallar, hızla evrensel ölçekte standardize olabilmektedir¹⁸. Spor hukuku kurallarının ulus üstü ve kendine özgü karakterini ifade etmek için *lex sportiva* kavramının kullanımı günümüzde giderek yerleşmektedir¹⁹. Spor mevzuatının gelişimi, 1990'lardan sonra spor hukukunun bir disiplin olmasını sağlamıştır. Bu anlamda akademide spor programları açılmaya ve çeşitli spor hukuku dergileri yayımlanmaya başlamıştır. Önce İngiltere'de başlayan bu süreç²⁰, özellikle AB Adalet Divanı'nın 1995 yılında verdiği *Bosman Kararı*²¹ ile Avrupa Birliği'nde de yaşanmaya başlamıştır²².

Ulusal mevzuat ve örgütlerin kökenine baktığımızda Osmanlı döneminde günümüz spor örgütlerine en yakın birliktelik "*spor tekkesi*" olarak adlandırılan "*güreş tekkeleri*"dir²³. Tekke kurulamayan küçük yerlerde *ahilik* kurumunun spor işlerini yönettiği ve gençlerin yetişmelerinde çeşitli disiplin kuralları uygulandığı bilinmektedir. Tekkeleri aşan, çok sporlu teşkilatlanmalar ise

¹⁸ Apaydın, s. 87; Fişek, s. 154.

¹⁹ Spor hukuku kurallarının kendine özgü yanları hakkında bkz. Kadir Gürten/S. Ege Erenel, "Lex Sportiva: Spor Hukukunun Küreselliği", *İÜHFD*, 3(1), 2012, <<https://dergipark.org.tr/download/article-file/208418>>, Erişim Tarihi 10 Şubat 2024, s. 299-301.

²⁰ Richard Parish, *Sports Law and Policy in the European Union*, Manchester University Press, 2003, s. 23-26.

²¹ (UEFA v Jean-Marc Bosman, ECLI:EU:C:1995:463) <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61993CJ0415>>, Erişim Tarihi 10 Şubat 2024.

²² Sonuçları birden çok olduğu için *Bosman Kuralları* adını alan Bosman kararı, 1995 tarihli bir Avrupa Adalet Divanı kararıdır. Karar ile AB sınırları dahilinde işçilerin serbestçe dolaşımını güvenceye alan kararlar, tüm Avrupa'da futbol sektörüne teşmil edilmiştir. Buna göre AB üyesi ülkelerin ulusal liglerinde transfer edilen oyuncunun, AB vatandaşı olması şartıyla yabancı oyuncu statüsü kaldırılmıştır. Ayrıca futbolcuların sözleşme süreleri dolduğunda bonservis olmadan istedikleri kulübe geçmelerinin de önü açılmıştır. Bu kurallar hızla diğer spor dallarına da uygulama alanı bulmuştur. Uluslararası transfer sisteminin hukukiliğini ve AB vatandaşlarının serbest dolaşım hakkını sorgulayan bu dava neticesinde, spor mevzuatında önemli liberal gelişmeler yaşanmıştır. Bosman kuralları futbolun endüstrileşme sürecini hızlandırmış ve sportif rekabeti tetikleyerek ücretlerin yükselmesini sağlamıştır. İlgili kararın detayları hakkında bkz. Parish, s. 91-105.

²³ Nail Tan, "Tarihi Türk Güreşi Hakkında Notlar", *Geleneksel Türk Sporları Semineri*, Konya Turizm Derneği Yayınları, 1976, s. 56-58.

vakıf bünyesinde örgütleniyordu²⁴.

Tanzimat dönemi öncesinde (klasik dönem) okçuluk spor faaliyetlerini uhdesinde toplayan 40'tan fazla "okçuluk tekkesi" bulunuyordu²⁵. Okçuların özel komisyonlarca hazırlanmış ve dönemin padişahları tarafından tasdik edilmiş kanunnameleri ve sporcu sicilleri vardı. Bunlardan en bilineni *Kanunname-i Rimal*'dir. Kanunname geleneğinin özelliklerini taşıyan bu düzenlemeler müsabakaların düzenlenmesi, disiplin işleri ve hakemler hakkında çeşitli hükümler ihtiva ederdi. Hakemler hakkında *Atıcılar Kanunnamesi*'ndeki ifadeler oldukça dikkat çekicidir: *Sakimi (bozuk, yanlış) müstakimden (doğru), müstakimi sakimden ayıralar, Bigarez olalar. Umuru meydanı, kanunu meydanı, davayı meydanı, kanunu remyi meydanı icra ettireler*²⁶. Kanunname; müsabaka meydanı ve kurumla ilgili bütün protokol kaideleri, sofrada adabına kadar usuller, müsabakaların teknik kuralları, hakemlerde ve sporcularda aranacak şartlar teferruatıyla belirtilmiştir²⁷. Bu itibarla spor güvenlik kurullarının müsabaka öncesi, sırası ve sonrasındaki işlevlerinin oldukça köklü bir ihtiyaca hizmet ettiği söylenebilir.

20. yüzyılın başlarına kadar Osmanlı-Türk spor mevzuatı ve idaresinde, yukarıda bahsettiğimiz hususlar dışında bağımsız bir gelişim yaşanmamıştır. Bu döneme kadar kişiler ya da yabancılarla sınırlı bir uğraş alanıdır. Beden eğitimi ile spor uzunca bir süre aynı anlama gelmiştir. Osmanlı Devleti'nde kurulan ilk spor kulüplerinin adlarının Beşiktaş Jimnastik Kulübü, Osmanlı Beşiktaş Terbiye-i Beden Mektebi ya da okul (lise) uzantılı Galatasaray, Vefa şeklinde olması, sporun beden eğitiminden ibaret bir uğraş olduğunu göstermektedir. Türkiye'de sporun beden eğitiminden bağımsız bir gelişim kaydetmesi federe yapılar, yani kulüpler ile mümkün olmuştur. Bu gelişim dünyada 1850'ler, Türkiye'de ise 1890'lardan sonra yaşanmıştır²⁸.

Türk spor mevzuatının ve idaresinin tarihsel gelişimi bakımından II. Meşrutiyet önemli bir dönüm noktasıdır. Kulüplerin hukuki bir statüye sahip

²⁴ Yüzyılın başına kadar varlığını devam ettirmiş olan "Güleşçiler Tekkesi"si, Orhan Bey zamanında pehlivanların güreş, halkın da eğlence ve mesire yeri olarak kullanması için kurulan vakfın bünyesi dahilindeydi. Doğan Yıldız, *Türk Spor Tarihi*, Eko Matbaası, 1979, s.198-200.

²⁵ H. Baki Kunter, *Eski Türk Sporları Üzerine Araştırmalar*, Cumhuriyet Matbaası, 1938, s. 6-8.

²⁶ Kunter, s. 16.

²⁷ Apaydın, s. 89.

²⁸ Apaydın, s. 89.

olmasını düzenleyen ilk yasa II. Meşrutiyet'in hemen ardından çıkarılmış olan 1909 tarihli *Cemiyetler Kanunu*'dur. Bu tarihten önce kurulmuş olan kulüpler yasal bir statüde değildi. Bu kulüpleri daha ziyade takım yönleri öne çıkan doğal örgütlenmeler/toplaşmalar saymak gerekir. *Cemiyetler Kanunu* madde 2'ye göre "...kulüpleri dahi işbu fasılda münderiç cemiyetler kabilinden..." ibaresi kullanılarak İstanbul Futbol Ligi ve kulüpler ilk kez dernekler hukuku kapsamına alınmıştır. Kanaatimizce bu yöndeki ilk düzenleme Cemiyetler Kanunu'nun 15. maddesinde kendisine yer bulmuştur. Bir görüşe göre ise bu dönemde kurulmuş kulüpler *Mecelle*'nin ilgili hükümleri bağlamında "*adi ortaklık*" sayılabilir²⁹.

İlk spor örgütü, İstanbul'da bulunan mevcut dört kulübün (Moda, Kadıköy, Elpis ve Imogene elçilik Gemisi takımı) vekilleri tarafından 1903 yılında kurulan, *İstanbul Futbol Birliği*'dir (İFB,1903-1910). İngiltere'deki lig statüsü ve futbol kurallarını bir yönetmelik ile benimseyen İFB'nin getirdiği kavram, kurum, usul ve esaslar, 1922 kuruluşlu ilk biçimsel spor yönetim örgütü *Türkiye İdman Cemiyetleri İttifakı'nın (TİCİ)* öncülü konumunda olmuştur.

Türkiye'de spor mevzuatında doğrudan ilk özel yasa 1938 tarihli *Beden Terbiyesi Kanunu*'dur. Fakat bunun öncesinde önemli bir aşama 1922-1936 yılları arasında etkin olan TİCİ dönemidir. 22.05.1922'de tescil edilerek kurulan TİCİ nizamnamesi ile örgütün statüsü, amaç ve görevleri belirlenmiştir. TİCİ 1936 yılındaki kongrede kendini feshederek, işlevini *Türk Spor Kurumu*'na (TSK) bırakmıştır. TSK, aynı kuruluş kongresinde (1936) kendisini organik olarak CHP örgütüne bağlı bir tüzel kişiliğe çevirmiştir³⁰. TSK'nin kuruluş amaç ve ilkelerinde kuruluş döneminin güçlü devletçilik ideolojisinin etkisi vardır³¹. Kurumsal yapılanma ve örgütlülük bakımından TSK, Türk sporunu

²⁹ Fişek, s.275.; *Mecelle*, m. 1329-1403.

³⁰ Türk Spor Kurumu, 18 Şubat 1936 tarihinde CHP yönetiminin iletişime geçtiği Nazi Almanyası spor politikalarını yöneten ve olimpiyat komitesi başkanı Carl Diem'in desteği ile kurulmuştur. Hatta kuruluş nizamnamesi Diem'in önerileri çerçevesinde oluşturulmuştur. 29 Haziran 1938 yılında TBMM tarafından yapılan oylama ile Türk Spor Kurumu lağvedilmiştir. Konu hakkında geniş bilgi için bkz. Ali Emrah Tokatlıoğlu, *İki Dünya Savaşı Arası Dönemde Türkiye'de Spor ve Siyaset İlişkisi*, İstanbul Üniversitesi SBE Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2012.

³¹ TSK'nin amaç ve görevi özetle yüksek seciyeli, spor alanında şeref ve onur sahibi, yüksek spor terbiyesine sahip...Türk devrimini, cumhuriyeti korumayı en üstün amaç bilen ve bu uğurda bütün varlığını vermeye hazır olan bir spor gençliği yetiştirmek, Türkiye'de sporun milli ve fenni esaslara göre yayılmasına ve yükselmesine çalışmak, sporu içte ve dışta temsil etmek şeklinde özetlenebilir. Nizamname ile yeni cumhuriyete inançlı, sağlıklı ve gürbüz

istenilen düzeye çıkaramamıştır. Bu ihtiyaçtan yola çıkılarak *Beden Terbiyesi Genel Müdürlüğü* (BTGM) teşkilatı oluşturulmuştur.

Başbakanlığa bağlı olarak kurulan BTGM, sporda devletçilik ilkesinin gerçekleştirilmesine hizmet etmiştir. 3530 sayılı Kanun ile 1938 senesinde kurulan teşkilatın kuruluş amacı (m.1) şöyle dile getirilmiştir: “*Yurttaşların fizik ve moral kabiliyetlerinin ulusal ve inkılapçı amaçlara göre gelişimini sağlayan oyun jimnastik ve spor faaliyetlerini sevk ve idare etmek*”³². BTGM’nin bağlı olduğu merkezi idare birimi dönem dönem değişmiştir. Bu idari oynaklık, Türk spor teşkilatının temel organının, idari teşkilat içinde nerede yer alması gerektiği hakkında bir aidiyet sorunu yaşandığını göstermektedir³³. BTGM, 3289 sayılı yasada (1986) yapılan değişiklikler ile başbakanlığa bağlı Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü ismini almıştır. Başbakanlığa bağlı bir hizmet yerinden yönetim kuruluşu olarak Türk idari teşkilatı içinde yerini alan Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü (1986-2011), Türk spor idaresinin en yetkili kurumu olmuştur.

2011 senesinde Türkiye’de sporu geliştirmek ve uluslararası niteliğin devamlılığını sağlamak amacıyla spor politikaları ve idaresinden sorumlu bağımsız bir bakanlık olarak Gençlik ve Spor Bakanlığı kurulmuştur³⁴. Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü’nün teşkilat yapısında bazı değişiklikler yapılarak kanundaki “*Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü*” ibaresi “*Spor Genel Müdürlüğü*” olarak değiştirilmiştir. 10.07.2018 tarihli 1 Nolu Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile de “*Spor Hizmetleri Genel Müdürlüğü*” adını almıştır.

1982 Anayasası’na kadar spora dair Türk anayasalarında açık bir hükme yer verilmemiştir. Bu konuda ilk düzenleme “*Sosyal ve Ekonomik*

nesiller yetiştirmek hedefi ortaya konulmuştur. *Türk Spor Kurumu Nizamnamesi*, Çankaya Matbaası, 1938.

³² 3530 sayılı *Beden Terbiyesi Kanunu*, RG Tarih: 16.07.1938, Sayı: 3961.

³³ Önce bakanlıklar üstü bir statü ile Başbakanlığa, sonra 1942’de Milli Eğitim Bakanlığına (MEB) ve 1960’da yeniden Başbakanlığa bağlanmıştır. 1970 yılında ise yeni kurulan Gençlik ve Spor Bakanlığı’na bağlanmıştır. Bu bakanlığın MEB ile birleşmesi (1983) üzerine Milli Eğitim Gençlik ve Spor Bakanlığı bünyesine dahil olmuştur. BTGM, 1986 senesinde 3289 sayılı yasa ile bazı değişiklikler yapılarak *Beden Terbiyesi ve Spor Genel Müdürlüğü* ismini almıştır.

³⁴ 638 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile Bakanlar Kurulu’nca 03.06.2011 tarihinde kurulmuştur. *Gençlik ve Spor Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname*, <<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2011/06/20110608M1-6.pdf>>, Erişim Tarihi 26 Şubat 2024.

Haklar ve Ödevler” başlıklı bölümde, “*Sporun Geliştirilmesi*” madde başlığı ile 59. maddede yer almıştır. Sporun geliştirilmesine dair alt yapı, teşvik ve tedbirlerin devlet tarafından alınması gereken pozitif bir yükümlülük olarak tanımlanmıştır. Madde gerekçesinde hem fiilen spor yapanlar, hem de seyirciler için eğitici ve sağlık kurallarına uygun yaşamayı teşvik edici etkileri nedeniyle, sporun geliştirilmesinde başlıca devletin rolünün olduğu belirtilmiştir. Bu yaklaşım, devletin spor alanında baskın ve belirleyici kimliğe bürünmesine neden olmuştur. Böylece “spor yönetimi” ile “sporu yönetme” arasında bir fark görmeyen devlet anlayışı yerleşik hale gelmiştir. Spor yönetimindeki müdahaleci bakış, tahkim düzenlemesini getiren 2011 Anayasa değişikliği ile törpülenmişse de yeterince ilerleme sağlanamamıştır. Bunun en büyük nedeni kamu düzenini tehdit eden spordaki şiddet ve düzensizlik olaylarının artmasıdır. Bu bakımdan spor etkinliklerinin yönetimi ile kamu düzeni arasında yakın ve doğrudan bir ilişki olduğu söylenebilir³⁵.

II. İL VE İLÇE SPOR GÜVENLİK KURULU

Günümüzde birey ve toplum yaşamında önemli yeri olan ve geniş kitlelere ulaşan spor etkinlikleri, bazen kamu düzenini tehdit eden olayların çıkmasına neden olmaktadır. Fanatizm, holiganizm, şiddet ve saldırganlık gibi davranış bozuklukları bu olaylara sebebiyet vermektedir. Şiddet olaylarına yol açan taraftarların veya seyircilerin tutumlarında; ülke, kültür, eğitim seviyesi, ekonomik ilişkiler, endüstriyel rekabet ortamı gibi faktörler belirleyici olmaktadır.

Ülkeler yaşanan trajik olaylardan sonra hukuki ve idari tedbirlere başvurarak olumsuzlukları engellemeye çalışmaktadırlar. Bu kapsamda ülkemizde de çeşitli yasal düzenlemeler yapılmış, önce 2004 sonra 2011 yılında doğrudan sporda şiddet ve düzensizliği önlemek amaçlı kanun ve yönetmelikler çıkarılmıştır. Çalışmamızın konusunu teşkil eden spor güvenlik kurulları da idare uhdesinde bu minvalde oluşturulmuştur. Kamu düzeninin korunması, kanunun önde gelen amacı olduğu için kolluk faaliyeti kapsamında tesis edilen spor güvenlik kurulu işlemleri, idare hukuku cephesinden incelemeye muhtaçtır. Bu başlık altında spor güvenlik kurulunun; hukuksal temelleri, görev ve yetkileri, yapısı ve oluşumu, karar alma süreçleri, aldığı kararların hukuki niteliği gibi konulara değinilecektir.

A. Spor Güvenlik Kurulunun Hukuksal Temeli

³⁵ Kamu düzeni ve spor etkinlikleri arasındaki ilişkinin idare hukuk bakımından analizi için bkz. Kaplan, ss. 35-83.

Ülkemizde sporda şiddeti önlemek ve düzeni sağlamak amacıyla getirilen doğrudan ilk düzenleme 28.04.2004 tarihli ve 5149 sayılı *Spor Müsabakalarında Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesine Dair Kanun*'dur. Bakanlar Kurulu tarafından uygulamaya dair usul ve esasları düzenleyen bir de yönetmelik çıkarılmıştır³⁶. Kanun'un *Tanımlar* başlıklı 3. maddesinde spor güvenlik kurullarından bahsedilmiş ise de ayrıntılı bir düzenlemeye yer verilmemiştir. İl ve ilçe spor güvenlik kurullarının görev, yetki ve sorumlulukları Kanun'un 30. maddesine dayanılarak çıkarılan yönetmelik ile düzenlenmişti.

5149 sayılı Kanun, eksiklikler nedeniyle tam olarak uygulanamamış ve 2011 yılında mer'i 6222 sayılı *Sporda Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesine Dair Kanun* çıkarılmıştır. Bakanlar Kurulu'nca 28.11.2012 tarihinde alınan karar ile 6222 sayılı Kanun'un 24. maddesine dayanılarak *Sporda Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesine Dair Kanunun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik*³⁷ yürürlüğe konulmuştur. 6222 sayılı Kanun'da spor güvenlik kurulunun kuruluş, görev ve yetkilerine açıkça ve mülga kanuna göre daha ayrıntılı yer verilmiştir. Böylece spor güvenlik kurulunun hukuki statüsüne dair önemli bir yasal eksiklik giderilmiştir. Zira kişi ve grupların temel haklarını kısıtlayan nitelikte kararlar alabilen kurulların yetkilerinin yasal temele dayanması gerekiyordu³⁸. Nitekim kanuni idare ilkesi de bunu gerektirmektedir. Anayasa'nın 123. maddesinde yer alan bu ilke gereğince idare kuruluş ve görevleriyle kanunla düzenlenir.

Temel görevlerinden biri kurum, kuruluş ve spor örgütleri arasında koordinasyonu sağlamak olan spor güvenlik kurulunun oluşturulmasına yönelik düzenlemeler, *Sportif Karşılaşmalarda ve Özellikle Futbol Maçlarında Seyircilerin Şiddet Gösterileri ve Taşkınlıklarına Dair Avrupa Sözleşmesi* ile de uyumludur³⁹. Bu bağlamda koordinasyon görev ve yetkisinin, ilgili mevzuat kapsamında spor güvenlik kuruluna verildiği yorumunu yapmak yanlış olmaz.

³⁶ *Spor Müsabakalarında Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesine Dair Kanunun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik*, Bakanlar Kurulu Kararının Tarih: 20.08.2004, Sayı: 2004/7755, RG Tarih: 28.08.2004, Sayı: 25567.

³⁷ Bakanlar Kurulu Kararının Tarih: 28.11.2012, Sayı: 2012/4018, RG Tarih: 22.12.2012, Sayı: 28505.

³⁸ Turan Yıldırım, "Genel Kuramlar ve Anayasal İlkeler". ed. Turan Yıldırım. *İdare Hukuku*, Güncelleştirilmiş 9. Baskı, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021, s.3.

³⁹ Sözleşme'nin 2. maddesi, "*Taraflar, gereken hallerde koordinasyon organları oluşturarak, seyircilerin şiddet ve taşkınlıklarına karşı devlet dairelerinin ve diğer kamu kuruluşlarının tutum ve faaliyetlerini koordine edeceklerdir*" hükmünü içerir.

Böylece taraf olduğumuz uluslararası sözleşmenin gereklerinden biri ulusal ölçekte spor güvenlik kurulu vasıtasıyla yerine getirilmiştir.

Kanunun amacı (m. 1) “*müsabaka öncesinde, esnasında veya sonrasında spor alanları ile bunların çevresinde, taraftarların sürekli veya geçici olarak gruplar halinde buldukları yerlerde veya müsabakanın yapılacağı yere gidiş ve geliş güzergâhlarında şiddet ve düzensizliğin önlenmesi.*” şeklinde belirlenmiştir. Kapsamı (m. 2) ise kişi, zaman, fiil ve mekan olarak oldukça geniş tutulmuştur. Bu husus spor güvenlik kurullarının idari yetkilerinin kullanılmasının da çerçevesini oluşturmaktadır. Kanun’un 5. maddesinde, amaç kısmında yer alan hedeflere ulaşmak adına müsabaka ve seyir alanlarının güvenlik ve düzenine dair tedbirlere yer verilmiştir. İl ve ilçe spor güvenlik kurullarının görev ve yetkileri de bu maddede düzenlenmiştir.

Spor güvenlik kurullarına ilişkin hükümlere daha ayrıntılı surette *Spor Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesine Dair Kanunun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik*’te yer verilmiştir. 2. maddede spor güvenlik kurulları ve sporun diğer bileşenlerinin görev, yetki ve sorumluluklarının Yönetmelik’in kapsamında olduğu belirtilmiştir. İl ve ilçe spor güvenlik kurullarının kuruluşu, görev, yetki ve sorumlulukları ise ayrı ayrı fıkralarda 5. maddede düzenlenmiştir. Bu yönüyle ilgili madde daha önceki düzenlemelere göre daha ayrıntılı bir düzenlemeye yer vermiştir.

B. Spor Güvenlik Kurulunun Yapısı ve Oluşumu

İlgili kanun ve yönetmelik hükümlerine göre spor güvenlik kurulları, merkezi idare taşra birimleri⁴⁰ esasına göre il ve ilçe düzeyinde oluşturulmuştur. Bu bakımdan kurullar, hem oluşumu hem de işleyişi bakımından merkezi idarenin hiyerarşi dahilinde bulunmaktadır. Aslında spor güvenlik kurulları merkezi idare hiyerarşisi içinde yer alan klasik bir idari birim değildir. Kurulun yapısı ve işleyişi, onu klasik merkezi idare hizmet birimlerinden ayırtmaktadır. Bununla beraber 5018 sayılı Kanun’da belirtilen düzenleyici ve denetleyici kurullar gibi özerk bir yapısı da yoktur⁴¹. Zaten kanun ya da CBK ile kendisine verilen ayrı bir kamu tüzel kişiliği, bütçesi, malvarlığı ve personeli bulunmamaktadır. Spor güvenlik kurullarının merkezi idarede bağlı bulunduğu bakanlık, 6222 sayılı Kanun madde 3’e göre Gençlik ve

⁴⁰ Ender Ethem Atay, *İdare Hukuku*, 6. Baskı, Turhan Kitabevi, 2020, 492-498; A. Şeref Gözübüyük-Turgut Tan, *İdare Hukuku*, Cilt 1, 13. Baskı, Turhan Kitabevi, 2019, s.168-177.

⁴¹ Bağımsız idari otoritelerin yapısı ve özellikleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Atay, s. 401-438.

Spor Bakanlığı'dır. Bu nedenle spor güvenlik kurullarının kararlarına karşı açılan davalarda, davalı tahtında ilgili bakanlığı temsilen o ilin valiliği bulunmaktadır⁴².

Kurulların kimlerden teşekkül edeceği Kanun'un "İl ve ilçe spor güvenlik kurullarının oluşturulması" başlıklı 4. maddesi ve Yönetmelik'in 5. maddesine göre belirlenmiştir⁴³. Düzenlemeye göre sporda şiddet ve düzensizliğin önlenmesinde spor güvenlik kurulunda görevli olan kişi ve kurumlar iki grupta toplanmaktadır. Birinci grup; idare dışındaki özerk veya özel kişi ve kuruluşlardır. Özel veya özerk kişi ve kuruluşlar; ilgili spor dalındaki federasyon/konfederasyon, spor kulüpleri, spor yöneticileri ve basın temsilcilerinden müteşekkildir. İkinci grup; kamu idare ve temsilcileridir. Bunlar başta mülki idare amirleri (m. 4-5), merkezi spor güvenlik birimi (m. 6), emniyet müdürlükleri ile jandarma komutanlıkları (m. 7), müsabaka güvenlik amirleri (m. 8), spor güvenlik birimi (m. 9), gençlik hizmetleri ve spor il ve ilçe müdürlükleri (m. 16), belediyeler (m. 17) olarak tanımlanmıştır. Diğer yandan spor güvenlik kurulunun üyeleri sınırlı sayıda değildir. Mülki amirler kanunda sayılan yetkili ve temsilciler dışında ihtiyaca göre kamu kuruluşlarından ve basından temsilci davet edebilir. Vali ve kaymakamlar, yetki alanlarında ilgili yasanın belirttiği görevlerin yerine getirilmesinden sorumlu en üst düzey kamu görevlileridir. Bu nedenle spor güvenlik kurullarının çalışmalarına etkin şekilde nezaret ederler. Kolluk müdür ve amirleri ile müsabaka güvenlik amirinin belirlenmesinden ve denetiminden yine mülki amirler sorumludur. Belediye başkanlarına yer verilmesi ise yerel kolluk birimlerinin tedbirlerin uygulanmasına katılımı bakımından önemlidir.

Yönetmelik'in 5. maddesinin 3. fıkrasına göre büyükşehir belediyelerindeki ilçelerde spor güvenlik kurulu oluşturulmayacaktır. Ancak valinin uygun görmesi halinde, büyükşehir belediyelerinde ilçe spor güvenlik

⁴² Kayseri 2. İdare Mahkemesi, Esas No: 2023/333, Karar tarihi: 03.03.2023.

⁴³ "(1) İl spor güvenlik kurulu, vali veya görevlendireceği vali yardımcısının başkanlığında, belediye başkanlığı, il jandarma komutanlığı, il emniyet müdürlüğü, gençlik ve spor il müdürlüğü, il sağlık müdürlüğü, il millî eğitim müdürlüğü, ilgili federasyon ve amatör spor kulüpleri konfederasyon temsilcileri, vali tarafından belirlenecek bir hukukçu ile farklı spor kulüplerine mensup stat güvenliğinden sorumlu yönetim kurulu üyesi ve gerekli görüldüğünde davet edilecek basın kuruluşlarının ve ilgili kamu kuruluşlarının temsilcilerinden oluşur. (2) İlçe spor güvenlik kurulu, kaymakam başkanlığında il spor güvenlik kurulunda yer alan kurum ve kuruluşların ilçedeki temsilcileri ve kaymakam tarafından belirlenecek bir hukukçu ile varsa farklı spor kulüplerine mensup stat güvenliğinden sorumlu yönetim kurulu üyesi ve gerekli görüldüğünde davet edilecek basın kuruluşlarının ve ilgili kamu kuruluşlarının temsilcilerinden oluşur".

kurulu oluşturulabilir. Kanun'da yer almayan bu düzenlemeye Yönetmelik'te yer verilmesi kanaatimizce uygun olmamıştır. Spor güvenlik tedbirlerinin hayata geçirilmesi, spor etkinliklerinin yoğunluğu dikkate alındığında büyükşehirlerde daha zordur. Bu anlamda kolluk faaliyetleri kapsamında alınacak tedbirlerin takdirinde, sadece il spor güvenlik kurulu yetersiz kalabilir. Haliyle kurul, çözüm için ölçülülük ilkesine aykırı olabilecek nitelikte yasaklama tedbirlerine başvurabilir. Zira yönetilemeyen süreçlerde en kolay başvuru olan tedbir, yasaklama şeklinde tezahür etmektedir.

C. Spor Güvenlik Kurulunun Görev, Yetki ve Sorumlulukları

Spor güvenlik kurulunun görev, yetki ve sorumlulukları Yönetmelik'in 5. maddesinin 5. fıkrasında düzenlenmiştir. İlgili maddeden özetle kurulların görev, yetki ve sorumlulukları kısaca şunlardır:

-Spor müsabakalarının ulusal ve uluslararası kurallara uygun güvenliğinin sağlanması amacıyla teknik altyapının oluşturulmasını ve personelin görevlendirilmesi sağlamak, güvenlikten sorumlu kurum ve kuruluşları koordine etmek.

-Spor alanlarında hakaret, kötü tezahürat ve taşkınlıkların önlenmesine dair tedbirlerin alınmasını sağlamak. Seyirden yasaklama tedbirinin uygulanması için gerekli önlemleri almak.

- Özel güvenlik görevlilerinin sayısını, görev yerlerini ve görev saatini belirlemek. Müsabaka alanının çevresinde, tehlike oluşturabilecek yerlerde müsabakaların seyredilmemesi için gerekli önlemleri almak.

-Spor alanlarını; yangın, ilk yardım, yapısal sağlamlık, iç ve dış tahliye alanları ile aydınlatma sistemleri yönünden mevzuata ve ilgili federasyon ile tabi olduğu uluslararası kurallara göre denetletmek, eksikliklerin giderilmesini sağlamak, bu konularda sorumluları belirlemek, koordinasyonu sağlamak, gerekli tedbirleri almak, tespitleri tutanağa bağlamak.

-Profesyonel futbol, basketbol ve voleybol dallarında en üst lig müsabakalarının yapıldığı alanların denetimlerini ligler başlamadan önce yapmak, seyirci alımının uygunluğuna karar vermek ve eksiklik görülmemesi halinde spor alanı güvenlik sertifikasını onaylamak, eksiklik halinde federasyona bildirmek ve giderilinceye kadar spor alanında müsabaka yapılmasına izin vermemek.

-Spor alanlarının; risklere göre emniyet ve güvenlik stratejisini, teknik

donanımların yerleştirilecekleri yer ve sayılarını, seyirci tahliye sistemini, acil durumlarda seyircilerin toplanma alanlarını, acil durumlarda müsabakada görev alan tüm sorumluların görev tanımlarını, acil durum iletişim stratejisini ve spor alanı güvenlik planını incelemek ve onaylamak.

-Belirtilen alkollü içecekleri spor alanı çevresinde seyyar olarak satan, satışa arz eden, dağıtan veya dağıtmak için bulduran kişileri bu alandan uzaklaştırmakla yükümlü belediye zabıta görevlilerinin sayısını belirlemek.

Spor güvenlik kurulunun görev ve yetkilerinin ekseriyeti, merkezi ve mahalli idarenin kolluk görev ve yetkilerinin spor alanlarına ve etkinliklerine özgülenmesi şeklindedir. Diğer yandan genel kolluk ve kamu hizmeti faaliyeti dışında sadece spor faaliyetlerine özgü bazı teknik alt yapı tedbirlerinin alınması ve uluslararası yükümlülüklerin yerine getirilmesi faaliyetlerinin olduğu da anlaşılmaktadır. Örneğin spor güvenlik kurulunun alacağı tedbirlerden bazıları *Sportif Karşılaşmalarda ve Özellikle Futbol Maçlarında Seyircilerin Şiddet Gösterileri ve Taşkınlıklarına Dair Avrupa Sözleşmesi*'nin 3 ve 6. maddelerindeki önlemler ile paralellik arz etmektedir⁴⁴. Böylece spor idaresi ve mevzuatı bakımından uluslararası taahhütler yerine getirilerek, standartlara uyum sağlanmaya çalışılmıştır. Elbette ki idari birim kurmak ve mevzuat çıkarmak standartlara ulaşmak için tek başına yeterli olmayabilir.

Spor güvenlik kurulunun kendi görev ve yetki alanına giren konularda alması gereken tedbir ve kararları almaması neticesinde kamu düzeni bozulabilir ve neticede idarenin sorumluluğu gündeme gelebilir. Zira spor etkinliklerinden kaynaklanan sebeplerle kamu düzeninin bozulması halinde, öncelikle 6222 sayılı Kanun kapsamında idarenin kusur sorumluluğuna gidilmesi gerekir. Geniş anlamda hizmetin kötü işlemesi sonucu kişilerin zarar görmesi halinde, idarenin hizmet kusuruna dayalı sorumluluğu ve tazmin yükümlülüğü doğacaktır. Burada idarenin kusursuz sorumluluğuna gidilebilir mi sorusu akla gelmektedir. Bu soruya menfi cevap vermek gerekir. Zira idarenin özel bir kanunla yetkilendirildiği, geniş teknik ve maddi imkanlar ile donatıldığı bir konuda kusursuz sorumluluğa gidilmesi, sorumluluk ilkeleri

⁴⁴ “Taraflar, güvenliği arttırmak ve şiddeti engellemek için stadyumların fiziki yapılarındaki değişikliklerin planlanmasına ve uygulanmasına ve stadyumlara giriş-çıkışlar dahil, diğer gerekli değişikliklere ilişkin konularda, ulusal spor örgütleri ve kulüpleri ve uygun hallerde stadyum sahipleriyle yakın işbirliği sürdürmeyi taahhüt ederler”. Sözleşmedeki diğer önlemler için bkz. *Dış İlişkiler ve Avrupa Birliği Genel Müdürlüğü* <https://diabgm.adalet.gov.tr/arsiv/sozlesmeler/coktaraflioz/ak/turkce/120_tur.pdf>, Erişim Tarihi 23 Ocak 2024.

ve içtihatlar ile örtüşmemektedir⁴⁵. Dolayısıyla spor etkinlikleri öncesi, sırası ve sonrası aşamalarında gerekli tedbirlerin uygun şekilde alınmaması, idarenin hizmet kusuru olarak kabul edilmelidir⁴⁶. Kusursuz sorumluluk hali ancak idarenin kusura dayalı sorumluluğuna gidilemeyecek ise gündeme gelebilecektir⁴⁷.

D. Spor Güvenlik Kurulunun Alacağı İdari Tedbir ve Kararlar

Bu başlık altında öncelikle ilgili mevzuatta öngörülen tedbir ve yaptırımların genel rejimini ortaya koyup, hangilerinin spor güvenlik kurulunun yetkisinde bulunan idari işlemler niteliğinde olduğunu belirlemek gerekir. Çünkü ilgili mevzuatta bazı ceza ve yaptırımların adli nitelikte olduğu, karar alma yetkisinin adli makamlarda bulunduğu, yargı yolu denetiminin de adli yargıda olduğu hükme bağlanmıştır.

Kanun'un *Yasak Fiiller ve Ceza Hükümleri* başlıklı 3. bölümünde yer alan maddeler (m. 13-18) kapsamındaki fiiller TCK bağlamında genel hükümlere tabidir ve adli makamlar görevli ve yetkilidir⁴⁸. Bu kapsamda dikkat edilmesi ve birbirinden ayrıştırılması gereken husus ise 18. madde kapsamındaki seyirden yasaklama hallerinin farklı görünüş usulleridir. Buna göre 18. maddenin 3. fıkrasındaki *koruma tedbiri niteliğindeki seyirden yasaklama*⁴⁹ ve 18. maddenin 1. fıkrasındaki *güvenlik tedbiri niteliğindeki seyirden yasaklama* kararları adli nitelikte olup, itiraz usulü de adli makamlar nezdinde işletilmelidir⁵⁰.

⁴⁵ D.12.D., E.1968/233, K.1969/1770, T.10.11.1969, aktaran; Yüksel Esin, *Danıştay'da Açılacak Takminat Davaları İkinci Kitap: Esas*, Balkanoğlu Matbaacılık, 1973, s. 62'den aktaran Kaplan, s. 69-70.

⁴⁶ Kaplan, s.70.

⁴⁷ D.10.D., E. 2019/6497, K. 2021/250, T. 03.02.2021.

⁴⁸ Yusuf Yaşar, "6222 Sayılı Sporda Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesine Dair Kanun'un 18'inci Maddesinde Yer Alan "Seyirden Yasaklanma" İle "Seyirden Yasaklama" Tedbirleri", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 19 (1), Yıl 2013, <<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/793234>>, Erişim Tarihi 15 Ocak 2024, s. 12-27; Mustafa Özen, *Sporda Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesine Dair Kanunda Yer Alan Suçlar ve Yaptırımları*, 1. Baskı, Adalet Yayınları, 2013, s. 6 vd; Yurt, s. 95-114.

⁴⁹ Yaşar, s.19-24.

⁵⁰ Ne var ki 18. maddenin 3 üncü fıkrasındaki koruma tedbiri niteliğindeki seyirden yasaklamaya kimin karar vereceği kanunda açıkça düzenlenmemiştir. İlgili kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu gerekçesiyle iptali istenmiştir. Ancak AYM "... Bu nedenle itiraz konusu kurullarla hangi somut eylem ve olguya hangi hukuksal yaptırım veya sonucun bağlandığı, uygulanacak yaptırım ve yaptırımın uygulanış biçimi, yaptırma uyulmaması hâlinde karşılaşılabilecek cezai yaptırım açıkça ortaya konulduğundan kurullarda hukuki belirsizlik söz ko-

18. maddenin 7. fıkrasındaki önleyici işleve sahip *idari tedbir niteliğindeki seyirden yasaklama* kararını ise açıklanacağı üzere idari işlem niteliğinde kabul etmek icap eder⁵¹. İlgili madde “*Alkol ya da uyuşturucu veya uyarıcı madde etkisinde olduğu açıkça anlaşılan kişi, müsabaka, antrenman ve seyir alanlarına alınmaz. Bu şekilde belirtilen alanlara giren ve dışarı çıkmamakta ısrar eden kişi zor kullanılarak dışarı çıkarılır ve bu madde hükümlerine göre bir yıl süreyle spor müsabakalarını seyirden yasaklanır*” hükmünü havidir. 18. maddenin 7. fıkrasında getirilen düzenleme, ilgili *Avrupa Sözleşmesi*’nin “*Önlemler*” başlığını taşıyan maddesi (m. 3/1-d) ile de uyumludur. Sözleşme’nin; “*Olay çıkarması muhtemel kişiler ile alkol veya uyuşturucu madde etkisi altında olanları hukuken mümkün olduğu ölçüde stadyum ve maçlardan çıkartmak veya girişlerini yasaklamak*” hükmüne göre önleme tedbirine başvurulabileceği belirtilmektedir.

İdari tedbir niteliğindeki seyirden yasaklama uygulamasının olduğu bir diğer düzenleme ise Kanun’un 22. maddesinin 3. fıkrasında yer almaktadır. Buna göre maddenin ilk fıkrasında sporda şiddeti teşvik edecek şekilde basın ve yayın yoluyla açıklamada bulunan kişilere, fiilleri suç oluşturmadığı takdirde, idari para cezası verileceği hükme bağlanmıştır. 3. fıkrada ise “*Birinci fıkra kapsamına giren fiilleri işleyen kişiler, ayrıca idari tedbir olarak spor müsabakalarını seyirden yasaklanır. Bu yasak, kararın verildiği tarihten itibaren bir yıl süreyle uygulanır.*” hükmü yer almaktadır. Fıkranın devamında “*koruma tedbiri olarak yasak kararının uygulanmasına ilişkin esas ve usuller, bu tedbir bakımından da uygulanır.*” denmektedir. Bu düzenleme uyarınca Kanun’un 18. maddesinin 4. fıkrası idari tedbir niteliğindeki seyirden yasaklama için de geçerli olacaktır. Bu kapsamda koruma tedbiri olarak uygulanan ve güvenlik tedbiri olarak hükmedilen seyirden yasaklama tedbirinde olduğu gibi bilgiler, Emniyet Genel Müdürlüğü bünyesindeki elektronik bilgi bankasına kaydedilecektir. Ayrıca bu çerçevede bilgi bankasına spor kulüplerinin ve federasyonların erişimi sağlanacaktır. Belirtilen iki maddede (m. 18/7 ve 22/3) düzenlenen idari tedbir niteliğindeki yasaklama kararları arasındaki

*nusu olmadığı gibi suçların ve cezaların kanuniliği ilkesine de aykırılık bulunmamaktadır.” gerekçesiyle talebin oybirliği ile reddine karar vermiştir. AYM, E. 2015/19, K. 2015/17, T. 18.02.2015, RG Tarih: 10.07.2015, Sayı: 29412. Koruma ve güvenlik tedbiri niteliğindeki “seyirden yasaklama” ve “seyirden yasaklanma” hakkında ceza hukuku bağlamında açıklamalar için bkz. Aysun Altunkaş-Asiye Selcen Ataç, “6222 Sayılı Kanun Kapsamında Seyirden Yasaklama (m. 18)”, *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2017(2), s. 82-83; Yaşar, s. 8-10.*

⁵¹ Altunkaş- Ataç, s.73.

kayıt tutulması farkı, eşitlik ilkesine aykırı olduğu gerekçesiyle doktrinde eleştirilmiştir⁵².

6222 sayılı Kanun'un 18. maddenin 7. fıkrasının uygulama şartları ise keyfilige yol açacak şekilde belirsizdir. Alkol ya da uyuşturucu veya uyarıcı madde etkisinde olduğu açıkça anlaşılan, belirtilen alanlara giren ve dışarı çıkmamakta ısrar eden kişinin durumu hangi kolluk birimi ve amiri tarafından ne yöntemle tespit edileceği belli değildir. Eğer objektif bir değerlendirme için cihaz ya da tıbbi tetkik gerekcekse maddede aranan “*açıkça anlaşılma*” şartı gerçekleşmemiş sayılır. Zaten Ceza Muhakemesi Kanunu ve Karayolları Trafik Kanunu'nda alkol oranının tespiti amacıyla muayene veya kan örneği alınabileceğine dair düzenlemelerin bir benzeri 6222 sayılı Kanun'da yer almamaktadır⁵³. Bu durumda da idari tedbirin uygulanması idari işlemlerin hukuka uygunluk ölçütlerine aykırılık oluşturabilir. Ayrıca Anayasa'nın temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması rejimini düzenleyen 13. maddesi ve kişilerin vücut bütünlüğünün korunmasına yönelik madde 17. maddesinin 2. fıkrası ile de çelişmektedir. Uygulamada ister istemez bu konuda idareye geniş bir takdir yetkisi alanı açılmaktadır. İdari tedbirin bu şekilde tayini usulünde, spor alanındaki kolluk personel ve amirlerinin subjektif kanaati belirleyici olabilecektir.

İlgili Yönetmelik hükümlerine (m. 5/5) göre spor güvenlik kurulu başkaca idari kararlar ve tedbirler de alabilir. Bu tasnif ışığında bakacak olursak kurul: Spor güvenliğinden sorumlu kurum ve kuruluşlara emir verebilir; önleyici nitelikte tedbirler niteliğinde spor alanlarına ve hatta müsabakanın oynanacağı il sınırlarına girişleri kısıtlayabilir⁵⁴; müsabakasının misafir takım seyircisi olmadan ya da tümüyle seyircisiz oynanmasına karar verebilir⁵⁵,

⁵² Altunbaş- Ataç, s. 75.

⁵³ Altunbaş- Ataç, s. 76-77.

⁵⁴ İzmir İl Spor Güvenlik Kurulu, 17.01.2018 tarih ve 2018/1 sayılı kararında misafir takım taraftarlarının ile girişlerine izin verilmeyeceği ve bu hususun gereğinin Sakarya valiliğince ilgililere tebliğine ve misafir taraftarların İzmir iline gönderilmemesi için tedbir alınmasına karar verilmiştir.

⁵⁵ Van İl Spor Güvenlik Kurulu 23.12.2023 tarih ve 2023/55 sayılı kararı ile müsabakalara seyirci girişini yasaklayan şu kararları alıp Valiliğe bildirmiştir:

“1-24.12.2023 Pazar günü Van Atatürk Şehir Stadyumunda Van Spor FK- Bursaspor takımları arasında oynanacak T.F.F. 2. Lig Beyaz Grup 19. Hafta Futbol müsabakasına SEYİRCİ ALINMAYACAKTIR.

2-24.12.2023 Pazar günü Vangözü Sportif Faaliyetler – Yeşil Yarın Spor takımları arasında oynanacak Bal Ligi 1.Bölge 9.Grup 11.Hafta Futbol müsabakasına SEYİRCİ

seyirci ile müsabakanın yapıldığı yer arasına fiziki engellerin konulmasına veya kaldırılmasına karar verebilir; tehlike oluşturabilecek yerlerde müsabakaların seyredilmesini yasaklayabilir; spor alanlarının denetimlerini yapabilir, seyirci alımının uygunluğuna karar verebilir; spor alanı güvenlik sertifikasını onaylayıp, eksiklikler varsa müsabaka yapılmasını yasaklayabilir. Kurul ayrıca: spor alanı güvenlik planını inceler ve onaylar; spor alanlarına alınabilecek seyirci sayısını belirler.

Spor güvenlik kurulunun faaliyetleri umumiyetle kamu düzeninin korunmasına yönelik idari faaliyet olan, kolluk faaliyeti kapsamında değerlendirilmelidir. Kamu düzeninin unsurlarına baktığımızda bu yorumumuz destek bulmaktadır⁵⁶. Spor güvenlik kurulunun kolluk faaliyetlerini genel-özel idari kolluk tasnifinde özel idari kolluk olarak kabul etmek gerekir. Zira özel bir yasa ile belirli bir amaca yönelik olarak özel usullerle yürütülen bir kolluk faaliyeti söz konusudur. Ama uygulamada genel idari kolluk faaliyeti şeklinde de yürütülmektedir⁵⁷. Kurulun bazı kararlarının yangın, ilk yardım, yapısal sağlamlık kontrolü gibi konulara dair olmakla idari kamu hizmetlerinin konusunu teşkil etmektedir. Ancak bu durum, kurulun temel faaliyetini kolluk faaliyeti olmaktan çıkarmaz. Kaldı ki doktrindeki ağırlıklı görüşe göre kolluk faaliyeti de özel usullerle yürütülen bir kamu hizmeti sayılmaktadır⁵⁸.

Yukarıda belirtilen idari karar ve tedbirlerin büyük kısmı kolluk faaliyeti kapsamında izin, onay, bildirim alma, yasaklama, emir ve uyarı⁵⁹ şeklinde *birel işlem* ve *genel karar*⁶⁰ şeklinde idari işlem, bir kısmı da *idari işlemin icrası* veya *salt eylem niteliğinde* olan *kolluk eylemi* şeklinde ortaya çıkmaktadır⁶¹.

Spor güvenlik kurulu kolluk faaliyetini öncelikle 1982 Anayasası'nda güvence altına alınan temel hak ve hürriyetlere uygun gerçekleştirmelidir⁶². Kurul'un kararlarında Anayasa'nın temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması

ALINMAYACAKTIR. Tensiplerinize arz ederim."

⁵⁶ Özge Okay Tekinsoy, "Kolluk Faaliyetleri", ed. Turan Yıldırım, *İdare Hukuku*, Güncelleştirilmiş 9. Baskı, Oniki Levha Yayıncılık, 2021, s. 609-614.

⁵⁷ Tekinsoy, s. 620-622.

⁵⁸ Akyılmaz vd., s. 614-615; Gözübüyük-Tan, s. 636-643.

⁵⁹ Atay, s. 492-498.

⁶⁰ Atay, s. 462-463.

⁶¹ İdari eylem ile ilgili açıklamalara sonraki başlıklar altında yer vereceğimiz için burada meseleyi irdeleniyoruz. Akyılmaz vd., s. 636-641.

⁶² Gözübüyük-Tan, s. 670-671.

rejimine dair olan 13. maddesi bu noktada önem kazanmaktadır⁶³. Ayrıca alınacak kararların muhakkak *ölçülülük* ve *yerindelik* ilkelerine uygun olması gerekir. Yani kolluk faaliyeti kapsamındaki işlem ve eylemleri; varılmak istenen sonuca ulaştırmaya yetecek kadarının geçerli olması bağlamında “ölçülülük ilkesine”⁶⁴, kamunun maddi düzenini korumak adına yapılması en uygun olan davranış olarak ifade edilen “yerindelik ilkesine” aykırı olmamalıdır⁶⁵. Kolluk faaliyeti kapsamındaki tedbirler birer idari işlem olduğu için idari işlemin beş unsuru bakımından da hukuka uygun olmalıdır.

Spor güvenlik kurulunun bazı kararlarının, belirtilen kriterler bakımından eleştirilebilir nitelikte olduğu görülmektedir. Örneğin İzmir İl Spor Güvenlik Kurulu'nun 17.01.2018 tarih ve 2018/1 sayılı kararı ile misafir takım taraftarlarının hem müsabakaya alınmaması hem de il sınırlarına sokulmaması kararı birlikte verilmiştir. Esasen il sınırlarına misafir takım taraftarlarının sokulmaması, hatta misafir takım ilindeki valilik tarafından gönderilmemeleri için tedbir alınmasının istenmesi ölçülülük ilkesi bakımından tartışmalıdır. Zira kişiler taraftar olup, maç günü müsabakanın oynanacağı şehre gidebilir. Ancak spor müsabakasına gitmeyip, turistik amaçlarla orada bulunabilir. İlgili karar bu yönüyle kişilerin seyahat özgürlüğünü sınırlandırmayı gerektirecek ölçüde zorunlu ve orantılı bir tedbir olmayabilir. İl sınırlarına giriş yasağı gibi kararların verilmesi için somut gerekçelerin ortaya konması gerekir. Sadece misafir takım taraftarı olmak ya da sportif rekabet içinde bulunmak yeterli değildir. Yine sadece ev sahibi takımın talebi üzerine il sınırlarına giriş yasağı kararı verilmemelidir. Bu talep belki müsabakanın oynanacağı spor alanı ve çevresi ile sınırlı olmak kaydıyla dikkate alınabilir.

⁶³ Ne var ki çoğu spor güvenlik kurulu kararında işlemin ya da alınan tedbir kararının hukuki dayanakları arasında Anayasa hükümlerine yer verilmediği görülmektedir. Örneğin Van İl Spor güvenlik kurulu 23.12.2023 tarih ve 2023/55 sayılı kararının hukuki dayanakları arasında; 6222 sayılı Kanun, 5442 sayılı İl İdaresi Kanunu, 2559 sayılı Polis Vazife Salahiyetleri Kanunu, 5188 sayılı Özel Güvenlik Hizmetlerine Dair Kanun, İlgili Yönetmelik ve TFF Statüleri gösterildiği halde TC Anayasası gösterilmemiştir.

⁶⁴ Anayasa Mahkemesi ve Danıştay içtihatlarına göre *ölçülülük ilkesi* üç alt unsurdan müteşekkildir. Buna göre *elverişlilik*, sınırlama için kullanılan aracın amacı gerçekleştirmeye uygun olmasını; *zorunluluk* unsuru, sınırlayıcı tedbirin amaca ulaşmak bakımından zorunlu olmasını; *orantılık* unsuru, araçla amacın orantısız bir ölçü içinde bulunmamasını ve ölçüsüz bir yükümlülük getirmemesini içerir. İlgili kararlar için bkz. AYM, E. 2012/100, K. 2013/84, K. 04.07.2013; D.3.D., E. 2021/2914, K. 2023/2572, T. 20.06.2023.

⁶⁵ Akyılmaz vd., s. 642.

E. Spor Güvenlik Kurulu Kararlarının Alınış Usulü ve Uygulama

Spor güvenlik kurulu resen ya da ihbar üzerine karar alabilir. Kurul kararları idari işlem özelliği gösterdiği için kararların alınış usulü, işlemin beş unsurundan biri olan şekil unsuru bakımından hukuka uygunluk denetimine tabidir. 6222 sayılı Kanun'da kurulun karar alma usulüne, toplantı ve karar yeter nisaplarına dair bir hüküm yer almamaktadır. Bu yönüyle yasanın eksik kaldığı söylenebilir. Bilhassa kolluk faaliyeti kapsamında temel hak ve hürriyetleri ilgilendiren işlemler olması, kararların alınış usulünün yasada açıkça düzenlenmesini gerektirir.

Konu ile ilgili tek düzenleme ilgili Yönetmelik'in 5. maddesinin 4. fıkrasında yer almaktadır. Buna göre "*spor güvenlik kurulları, ayda bir defa olağan ve gerekli hallerde olağanüstü toplanarak, il ve ilçelerde yapılacak bütün spor müsabakalarında alınması gerekli güvenlik tedbirlerini belirler. Bu kurullarda, kararlar toplantıya katılan temsilcilerin oy çokluğu ile alınır*". Düzenleme bu haliyle eksiktir. Zira kurulun toplantı yeter sayısı hakkında bir hüküm içermemektedir. Haliyle karar yeter sayısı sadece mülki amir ve kolluk amirinin katılımıyla bazen birkaç kişi ile sınırlı kalmaktadır⁶⁶. Toplantı yeter sayısı hakkında açık bir hüküm bulunmayan hallerde, ilke olarak toplantı yeter sayısının da karar yeter sayısının da kurulun salt çoğunluğu olması gerekir⁶⁷.

Kurulun oluşumu, işleyişi, görev ve yetkileri, kararlarının bağlayıcı olması, geniş kitleleri ilgilendirmesi ve katılımçılık ilkesi gibi hususlar dikkate alındığında mutlaka toplantı yeter sayısı aranmalıdır. Zira hem isminin kurul olması hem de oluşumu itibariyle, idare adına aynı anda ve aynı yönde teşekkül eden birden çok irade açıklamasına ihtiyaç vardır. "Kurul" halinde bir karar alınması söz konusu ise toplantı ve karar yeter sayısının sağlanması gerekmektedir⁶⁸. Dolayısıyla en azından kanunda kurulun yapısı içinde olması ismen zikredilen kurum, kuruluş ve temsilcilerin sayısına göre bir toplantı nisabı aranmalıdır. Bunun sağlanmaması alınan kararları hukuka uygunluk bakımından tartışmalı hale getirmektedir. İdari yargı organları, kurul kararlarının denetimini yaparken bu hususları dikkate almalıdır.

Kurul toplantılarına katılmayanlar veya alınan kararları yerine

⁶⁶ Örneğin Van İl Spor Güvenlik Kurulu'nun bir kararının altında sadece il emniyet müdürü, müdür yardımcısı ve vali yardımcısının imzaları bulunmaktadır. *Van İl Spor Güvenlik Kurulu 23.12.2023 tarih ve 2023/55 sayılı karar.*

⁶⁷ İlgili görüş için bkz. Ulusoy, s. 375-376; D.1. D., E. 2015/79, K. 2015/167, T. 12.02.2015.

⁶⁸ *Van İl Spor Güvenlik Kurulu 23.12.2023 tarih ve 2023/55 sayılı karar.*

getirmeyenler hakkında yapılacak işlemler, ilgili Yönetmelik'in 5/6 fıkrasında ve m. 23 olmak üzere iki yerde düzenlenmiştir. Madde 5/6 fıkradaki hüküm spesifik olarak spor güvenlik kurulunun aldığı kararlara uymayan veya toplantılara katılmayan kamu görevlileri hakkında yapılacak işlemlerle ilgilidir. Buna göre vali, kamu görevlileri hakkında İl İdaresi Kanunu'ndaki genel yetkileri çerçevesinde disiplin işlemleri başlatabilir⁶⁹. Kamu görevlisi olmayan spor temsilcileri üyeler hakkında ise yetki federasyonların inisiyatifine bırakılmıştır.

Yönetmelik m. 23'teki düzenleme ise sadece spor güvenlik kuruluna katılmayanlar değil, Kanun'dan kaynaklanan yükümlülüklerle aykırı davranan tüm kamu görevlileri ve diğer üyeler hakkında yapılacak adli ve idari işlemlere dairedir. Buna göre; *“spor müsabakaları öncesinde toplanan spor güvenlik kuruluna katılmayan, kurul kararlarına uymayan, Kanunda öngörülen sorumluluk ve görevlerini yerine getirmeyen kurum ve kuruluşlar ile ilk yardım ve ifaiye personeli, hakkında gerekli adli ve idari işlem başlatılmak üzere mahallin en büyük mülki amirine bildirilir. Bu yükümlülükleri yerine getirmeyen kulüpler ile taraftardan sorumlu temsilci ve kulüp görevlileri, hakkında gerekli işlemler yapılmak üzere ilgili federasyona bildirilir.”* Görüldüğü üzere spor güvenlik kurullarının kararlarının yerine getirilmesi veya toplantılarına iştirak edilmesi zorunluluğu özel bir madde ile düzenlenmiş ve kurulun işlerliği güvence altına alınmıştır. Ancak uygulamada yukarıda zikredildiği üzere bu mekanizma tam olarak işletilmemektedir.

Bu başlıkta son olarak değinmek istediğimiz konu, seyirden yasaklama idari tedbirindeki süreye dair hususlardır. Kanun; m. 22/3 fıkrasında *“Bu yasak, kararın verildiği tarihten itibaren bir yıl süreyle uygulanır”*, m. 18/7 fıkrasında ise *“... ve bu madde hükümlerine göre bir yıl süreyle spor müsabakalarını seyirden yasaklanır.”* hükümlerini havidir. Burada dikkat çekici olan bir yıllık sürenin alt sınır mı üst sınır mı olduğu anlaşılmamaktadır. Yani mevcut düzenlemeye göre bir yıldan bir gün fazla ya da bir gün az süre ile seyirden yasaklama tedbiri uygulanamaz. Başka bir ifade ile ancak bir yıl süreli tedbir kararı uygulanabilir. Bizce üst sınır koyup, kademeli bir tedbir süresi belirlenmesi yerinde olurdu. Ayrıca iki maddeyi dikkate aldığımızda m. 18/7'de bir yıllık sürenin ne zaman işlemeye başlayacağı belirtilmemiştir.

⁶⁹ Madde 5/(6): *“İl veya ilçe spor güvenlik kurullarının toplantılarına katılmayan ve alınan kararlara uymayan kamu görevlisi üyelerin durumu, 10/6/1949 tarihli ve 5442 sayılı İl İdaresi Kanununa göre değerlendirmek üzere mahallin en büyük mülki amirine, diğer üyelerin durumu ise ilgili federasyona bildirilir.”*

Halbuki madde 22/3'te "kararın verildiği tarihten itibaren" sürenin işlemeye başlayacağı açıkça düzenlenmiştir. Netice itibariyle sezonluk bilet satışları da dikkate alınmak suretiyle mevcut düzenlemenin iyileştirilmesi gerekmektedir.

III. SPOR GÜVENLİK KURULU KARARLARININ HUKUKİ NİTELİĞİ VE YARGISAL DENETİMİ

İdari işlemin temel özellikleri dikkate alındığında, spor güvenlik kurulunun, 6222 sayılı Kanun ve ilgili Yönetmelik'teki görev ve yetkileri kapsamında aldığı tedbir ve sair kararların, idari işlem niteliğinde oldukları görülmektedir⁷⁰. Ancak bunların idari işlem olması, idari yargı denetimine tabi olması için yeterli değildir. İdari davaya konu teşkil edebilmesi için işlemin idare teşkilatı içinde yer alan bir makam tarafından tesis edilmesi⁷¹ ve kanun koyucu tarafından idari yargının görev alanı dışına çıkarılmaması gerekir⁷². Bu ölçütlere binaen kurulun; müsabakanın seyircisiz oynanması

⁷⁰ İdari işlemin temel özellikleri olarak işlemin; idari makamlarca tesis edilmesi, hukuki bir sonuç doğurmaya yönelik olması, kamu gücü kullanımı, tek yanlılık, hukuka uygunluk karnesinden yararlanma, kamu yararı amacı taşıması, icrailik ve re'sen icra gibi hususlar zikredilebilir. Bu özelliklerin her biri kendi başına bir çalışma konusu teşkil ettiği için burada değinmekle yetiniyoruz. Konu hakkında ayrıca bkz. Akylmaz vd. s. 364-376; Ulusoy, s. 285-291; İdari işlemin tek yanlılığı, icrailiği ve işlemin idare işlevine ilişkin olması konuları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Celal Erkut, *İptal Davalarının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği*, Danıştay Yayınları No 51, 2015, s. 8-163.

⁷¹ Fransız Danıştay'ın içtihatlarına paralel olarak Danıştay'ın eski içtihatlarında (E. 36, K. 46, T. 16.05.1947) bir kararın idari sayılması ve aynı zamanda idari davaya konu edilebilmesi için kararın; "mahiyeti itibariyle idari olması" ve "idari teşkilat içinde yer alan bir makamdaki çıkması" şartını birlikte sağlaması gerekiyordu. Ancak ilerleyen zamanlarda bu içtihat terk edilmiş, organik anlamda idare teşkilatı içinde yer alması bile eğer "idare işlevine" dair bir karar ise bunun idari davaya konu edilebilecek nitelikte bir idari işlem olarak kabul edileceği görüşü benimsenmiştir. Konu hakkında Türk ve Fransız doktrin ve yargı içtihatları ışığında bir değerlendirme için bkz. Turhan Feyzioğlu, "İdari Karar ve İdari Makam", *Siyasal Bilgiler Okulu Dergisi*, MEB Matbaası, 1947, s. 431-434; TBMM Genel Kurulu'nun RTÜK'e üye seçimine dair bu içtihadı göre "... iptal davasına konu olabilecek nitelikteki bu tür işlemler, yalnızca Anayasa'nın yürütme organı içinde öngördüğü yapısal idareye özgü olmayıp, yasa ve yargı organlarınınca tesis edilmekle birlikte "yasama" ya da "yargı" fonksiyonuyla ilgili olmayan ve tümüyle "idare" işlevine ilişkin olarak yukarıda belirtilen tanıma uygun biçimde alınan kararların da idari işlem olarak kabulü gerekir". D.5.D., E. 2005/5627, K. 2007/72, T. 24.01.2007.

⁷² Keza idari işlem niteliğine sahip bir çok işlemin hukuksal denetimi, kanun koyucunun takdiri ile adli yargıda görülmektedir. Nüfus, SGK, tapu kadastro vs işlemleri her ne kadar idari makamlar tarafından tesis edilse de yargısal denetimleri adli yargıda yapılmaktadır. Ayrıca bir işlemin idari makamlarca yapılması, işleme zorunlu olarak "idari" nitelik kazandırmayabilir. İşlemin yargısal denetiminin adli yargı kolunda öngörülmüş olması da işlemin özel hukuk işlemi ya da özel hukuk kişisi tarafından tesis edildiği anlamına gelmemektedir. İdari işlemin iptal davasına konu olması hakkında geniş ve bilgiler için bkz Erkut, s. 192-197.

kararının, deplasman seyircisinin alınmaması kararının, spor müsabakasının etrafında belli yol ve güzergahların kapatılması kararının, teknik alt yapıya ilişkin kararlarının⁷³, genel denetim ve koordinasyon yetkisi dahilindeki sair tüm işlemlerinin hukuka uygunluk denetimi, idari yargı makamlarınca yapılmalıdır. Kanun'da da bunun aksine açık bir hüküm yer almamaktadır.

İdari işlemin türleri bakımından değerlendirecek olursak kurul kararları tek yanlı, etkili, bileşik iradeli işlemlerden *kolektif işlemler* kategorisinde yer almaktadır. Kolektif işlemlerde birden fazla bireysel iradenin, bir kurulda aynı anda bir araya gelmek suretiyle kurul adına karar vermesi söz konusudur. Bu özelliklerinden dolayı “*kurulsal*” işlemler de denilmektedir⁷⁴. Kolektif işlemlerde ön plana çıkan özellik, aynı konuda ve aynı anda birden fazla kişinin kendi aralarında müzakeresi neticesinde kurul adına tek bir karar ortaya çıkmasıdır⁷⁵. Bu bakımdan spor güvenlik kurullarının kararlarında “müzakere” kavramı önemli bir yere sahiptir.

Kurulun belli bir gün ve yerdeki *müsabakanın seyircisiz oynanması* veya *müsabakaya misafir seyirci alınmaması* gibi kararlarının, idari işlemin maddi bakımdan yapılan tasnifinde özel bir tür olan *genel karar*⁷⁶ niteliğinde olduğu kanaatindeyiz. Bu anlamda düzenleyici işlem ve birel işlemden ayrı değerlendirilmelidir. Zira belli bir günde, belli bir spor alanında ve kişiler üzerinde işlemin icrası gerçekleşecektir. Ancak bu kişiler çok sayıdadır, bazen binleri bulabilir. Bu tür kararlarda işlemin muhatabının isim olarak belli olmaması ya da çok sayıda kişi olması, işleme genel bir norm özelliği kazandırmaz. Burada önemli olan “*tarafıtar*” ya da “*müsabakaya girmek için bilet alanlar*” şeklinde belirlenebilir nitelikte olmasıdır.

İdari para cezası verme yetkisi bakımından 6222 sayılı Kanun m. 23/3'e göre yetkili makam Cumhuriyet savcısıdır. İtiraz usulü de buna göre Kabahatler Kanunu hükümlerine tabidir. Nitekim Danıştay⁷⁷ ve Uyuşmazlık

⁷³ D.13. D., E. 2014/1202, K. 2014/2693, T. 30.06.2014.

⁷⁴ Erkut, s. 26-27.

⁷⁵ Akyılmaz vd., s. 401; Ulusoy, s. 374-375; Yıldırım, s. 448-453.

⁷⁶ Genel karar idari işlemlerin özel bir görünüş şeklidir. Belirleyici özelliği kararın “genel” unsurlar içermesi ve belirli ya da belirlenebilir sayıda birden çok kişi ya da nesneye yönelik hüküm içermesidir. Genel kararın muhatabının çokluğu, kararın yöneldiği kişi ya da nesnelerin belli yahut belirlenebilir olmasına engel değildir. Bu itibarla genel düzenleyici işlemler gibi “genel norm” değil, “özel norm” niteliği taşımaktadır. Bu nedenle genel düzenleyici işlem kategorisinde değerlendirilmemektedir. Atay, s. 462-463; Akyılmaz vd., s. 394.

⁷⁷ “...5149 sayılı Sporda Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesine Dair Kanun'un 28. maddesinin

Mahkemesi, mülga 5149 sayılı Kanun ve mer'î 6222 sayılı Kanun dönemindeki içtihatlarında, idari para cezasına itirazlarda görevli ve yetkili makamın, adli yargı yeri (sulh ceza mahkemesi) olduğuna hükmetmiş ve bu karar istikrar kazanmıştır⁷⁸. Yürürlükteki kanun, eski kanundan farklı olarak kurula, idari para cezası verme yetkisi tanımamıştır. Eğer bu mümkün olsaydı ve kurul idari para cezası ile birlikte idari yargı görev alanına dahil bir konuda kişi hakkında işlem de tesis etseydi, 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 27. maddesinin 8. fıkrasına göre idari yaptırım kararının denetiminin, işlemin iptali talebiyle birlikte idari yargıda görülmesi gerekecekti⁷⁹.

Spor güvenlik kurulunun, Kanun'un 18. maddesinin 7. fıkrası ve 22. maddesinin 3. fıkrası maddelerindeki “seyirden yasaklama kararı” verip veremeyeceği, verebilirse bu kararın idari yargı denetimine tabi olup olmadığı tartışmalıdır. Bu nedenle tedbir kararının idari bir işlem olup olmadığı ve kararı almaya kimin yetkili olduğu hususları birlikte ele alınmaya muhtaçtır. Kararın hukuki niteliğinin irdelenmesi bu noktada önem kazanmaktadır. Nitekim tabi olacağı hukuksal rejim ve yargı kolu da buna göre tayin edilebilir.

Belirttiğimiz üzere 18. maddenin 7. fıkrası ve 22. maddenin 3. fıkrası seyirden yasaklama kararının kim tarafından verileceği Kanun'da açıkça düzenlenmemiştir. Bu aşamada kararın idari yaptırım türlerinden *idari ceza* mı yoksa *idari tedbir* mi olduğu hususu önem kazanmaktadır. Kanun'un

2. fıkrasında; bu kanunda yazılı olan idari para cezalarına dair kararlara karşı tebliğ tarihinden itibaren 7 gün içinde idare mahkemesine itiraz edilebileceği kurala bağlanmışken, bu hükmün ... yürürlükten kaldırıldığı, bu durumda, Kabahatler Kanunu'nun 5560 sayılı Kanunla değişik 3. maddesinde belirtildiği üzere, idari yaptırım kararlarına karşı kanun yoluna ilişkin hükümlerinin, diğer kanunlarda aksine hüküm bulunmaması halinde uygulanacak olması ve 5149 sayılı Kanunun son halinde de kanun yoluna ilişkin özel bir hükmün olmaması nedeniyle görevli mahkemenin belirlenmesinde 5326 sayılı Kanun hükümlerinin dikkate alınacağı ve bu Kanunun 27. maddesinin 1 numaralı bendi uyarınca davanın görüm ve çözümünde adli yargının görevli bulunduğu gerekçesiyle davanın görev yönünden reddine karar verilmiştir.”, D.10. D., E. 2011/9962, K. 2014/1373, T. 10.03.2014.

⁷⁸ UM, Hukuk Bölümü, E. 2011/113, K. 2011/234, T. 02.11.2011; “... Bu durumda, 5149 sayılı Yasa uyarınca verilen ve itiraz konusunda görevli mahkemenin gösterilmediği idari para cezasına ilişkin uyumsuzluğun dayandığı Kanun'u yürürlükten kaldıran 6222 sayılı Kanun'da idari para cezasına ve diğer idari yaptırımlara karar vermeye, Cumhuriyet savcısının yetkili olduğu düzenlenmesinin getirildiği; dava konusu edilen idari para cezasının, 5326 sayılı Kanun'un 16. maddesinde belirtilen idari yaptırım türlerinden biri olduğu ve ... görevli mahkemenin belirlenmesinde 5326 sayılı Kanun hükümleri dikkate alınacağından, davanın görüm ve çözümünde, anılan Kanunun 27. maddesinin (1) numaralı bendi uyarınca adli yargı yerinin görevli olduğu sonucuna varılmıştır”. UM, Hukuk Bölümü, E. 2012/349, K. 2013/41, T. 14.01.2013.

⁷⁹ D.10.D., E. 2011/9156, K. 2015/1003, T. 16.03.2015.

madde 18/7 ve 22/3 fıkralarındaki hallerde verilecek tedbir niteliğindeki seyirden yasaklama kararının, adli makamlarca ceza olarak verileceği açıkça düzenlenmediğine göre ilgili kararlar önleyici nitelikte idari tedbir niteliğindedir. Kararı vermeye yetkili makam ise spor güvenlik kurulu olmalıdır. Bu hallerde fiili durum idari kolluk personeli tarafından tespit edilip tutanağa bağlanmalıdır. İlgili kişilerin spor alanlarına girişi fiilen engellense bile, tedbir olarak yasaklama kararı, kolluk personel ve amirleri tarafından verilemez. Tedbir niteliğindeki seyirden yasaklama kararının takdiri spor güvenlik kuruluna bırakılmalıdır.

Önleyici nitelikteki idari tedbirler, idari yaptırımların bir alt kategorisidir ve idari ceza niteliği taşımazlar. İdari tedbirlerin hukuka uygun olup olmadığının değerlendirilmesinde, sadece idari işlemlerin hukuka uygunluk ölçütleri dikkate alınır. İdari işlemin hukuka uygunluk ölçütleri ile ceza hukuku ilke ve kurallarının birlikte idari tedbirlere uygulanması beklenmez⁸⁰. Eğer söz konusu tedbirler idari ceza niteliği taşısa idi bu iki ölçüt birlikte uygulanacaktı⁸¹. Bu gerekçeler ışığında madde 22/3 ve 18/7'de yer alan düzenlemelerin, bir suç işlenmeden evvel idari nitelikte tedbir olarak kişiler hakkında seyirden yasaklama halini öngördüğü söylenebilir. Şu halde idari tedbir niteliğindeki seyirden yasaklama kararının yargısal denetimi idari yargı mercileri tarafından yapılmalıdır⁸². Önleyici nitelikteki idari tedbirlerin tabi olduğu hukuksal rejim bunu gerektirmektedir⁸³. Aksi ihtimalde bu kararı Cumhuriyet savcılarının vermesi halinde, bu durum idari faaliyetlere müdahale niteliği taşımakta ve doktrinde de ifade edildiği üzere kuvvetler ayrılığı ilkesine aykırılık teşkil etmektedir⁸⁴. Uygulamada ise Yargıtay ve Uyuşmazlık Mahkemesi kararlarında Kabahatler Kanunu'na yapılan atıfla adli yargının yetkili olduğu kabul edilmektedir. Kararlardaki maddi vakıalar güvenlik ve koruma tedbiri niteliğindeki seyirden yasaklama kararlarının konusunu teşkil etse de idari tedbir niteliğindeki seyirden yasaklama halinde de uygulanacağı

⁸⁰ D.15. D., E. 2016/1327, K. 2016/3938, T. 31.05.2016.

⁸¹ Dolayısıyla ceza hukukunun genel ilkelerinin idari tedbirlere uygulanmaması o idari tedbiri tek başına hukuka aykırı hale getirmemektedir. İlgili görüş için bkz. Ulusoy, s. 485-487.

⁸² Altunbaş-Ataç, s. 80.

⁸³ İdari tedbirlerin hukuki niteliği ve tabi olacağı hukuksal rejim hakkında geniş bilgi için bkz. Ali D. Ulusoy, *Türk İdare Hukuku*, s. 384-495 ve Ali D. Ulusoy, *İdari Yaptırımlar*, Oniki Levha Yayıncılık, 2012.

⁸⁴ Süheyli Donay, *Sporda Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesi ve Şike ve Teşvik Primi*, 2. Baskı, Beta Yayınları, 2012, s. 149; Altunbaş-Ataç, s. 79.

belirtilmektedir⁸⁵.

Diğer yandan doktrinde idari tedbir niteliğindeki seyirden yasaklama kararı kimin vereceğine dair farklı görüşler de mevcuttur. Bir yaklaşıma göre, Kanun'un madde 23/3 fıkrasında yer alan; “*Bu Kanun hükümlerine göre idari para cezasına ve diğer idari yaptırımlara karar vermeye, Cumhuriyet savcısı yetkilidir*”. Buna göre madde 18/7 fıkrasında yer alan “kabahat” bakımından bir yıl süreyle seyirden yasaklama kararına Cumhuriyet savcısı karar verecektir⁸⁶. İtirazlar da bu durumda sulh ceza hakimliğine yapılacaktır⁸⁷. Ancak doktrinde kararı Cumhuriyet savcısı verse bile, tedbirin idari nitelikte olmasından dolayı, itirazın idari yargıya yapılacağını ileri süren görüşler vardır⁸⁸. Kanun'un madde 23/3 fıkrasının bu şekilde yorumlanması, spor güvenlik kurulunun alacağı tüm idari karar ve tedbirlere, hükmün teşmili sonucunu doğurabileceği için katılmıyoruz. Bu maddenin şüpheye mahal vermeyecek şekilde yeniden düzenlemeye ihtiyacı vardır. Kaldı ki spor güvenlik kurulları, hem idari tedbir niteliğinde seyirden yasaklama kararı, hem de haklarında “seyirden yasaklanma” tedbiri bulunanların, tüm spor alanlarına girmelerinin engellenmesi için önlemler almak konusunda genel görevlidir (Yönetmelik m. 5/5-ç).

Doktrinde madde 22/3 ve 18/7 fıkralarında yer alan tedbir niteliğindeki seyirden yasaklama kararı idari işlem değil, idari eylem olarak niteleyen görüşler vardır⁸⁹. Ancak bu noktada idari işlemin icrası niteliğindeki eylem ile salt idari eylemin karıştırıldığı görülmektedir. Esasen önleyici işleve sahip bu tedbir kararı, idari nitelikte bir işlemdir. Ancak tedbirin ortaya çıkış ve uygulama biçimine göre işlem ya da eylem görünümü almaktadır.

⁸⁵ “...*Bu Kanun'un 18. maddesinin yedinci fıkrasında önleyici idari tedbir öngörülmüştür. Bu fıkra hükmüne göre, alkol ya da uyuşturucu veya uyarıcı madde etkisinde olduğu açıkça anlaşılan kişi, spor alanına alınmaz. Bu şekilde spor alanlarına giren ve dışarı çıkmamakta ısrar eden kişi zor kullanılarak dışarı çıkarılır ve bu madde hükümlerine göre bir yıl süreyle spor müsabakalarını seyirden yasaklanır. Bu durumda ilgili kişi hakkında spor müsabakalarını seyirden yasaklama tedbirine karar vermeye Cumhuriyet savcısı yetkilidir (m.23/3). Eylem suç oluşturmasa bile, kişi önleyici idari tedbir olarak spor müsabakalarını seyirden yasaklanabilmektedir. Cumhuriyet savcısının bu konuda verdiği karara karşı Kabahatler Kanunu hükümlerine göre kanun yoluna başvurulabilir.*” Y.19.CD., E. 2017/5670, K. 2018/10073, T. 09.10.2018.

⁸⁶ Yaşar, s. 27-28.

⁸⁷ Altunkaş-Ataç, s. 80-81.

⁸⁸ Hamide Zafer, “Sporda Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesine Yönelik Bir Çare Olarak Seyirden Yasaklama (6222 sayılı Kanun m.18)”, *TAAD*, 5 (19), 2014, s. 48.

⁸⁹ Donay, s. 145.

Eğer önceden alınmış bir seyirden yasaklama kararının uygulaması şeklinde kolluğun spor alanına girişi engellemesi varsa, mutlak anlamda bir “*idari işlemin icrası eylemi*” söz konusudur. Zira idari eylemin dayanağı olan ve kolluğu harekete geçiren bir idari işlem zaten vardır. Salt idari bir eylemden bahsedilemez⁹⁰. Yani idari eylem öncesinde “*idarenin hukuki sonuca yönelmiş bir irade açıklaması*” mevcuttur. Bu kapsamda idari işlemin içeriğini oluşturan eylemin uygulanması icra edilmiştir. Ortada salt bir idari eylem olmadığından, işlemin icrası niteliğindeki idari eylemin yargısal denetimi ise idari işlem üzerinden gerçekleştirilebilir⁹¹. Yani spor ya da müsabaka alanına fiilen girişi önlenen kişi bu eylemi değil, dayanağı olan idari işlemi idari dava konusu yapabilecektir. Dava açma süresi de işlemin ilgiliye tebliğ tarihi esas alınarak hesaplanmalıdır.

Spor güvenlik kurulunun seyirden yasaklama kararının bulunmadığı hallerde, kişilerin kolluk tarafından spor alanlarına girişi engellenmişse ya idari bir eylem ya da idari işleme hazırlık eylemi olma ihtimali doğmaktadır. Bu durumda eylemin hukuksal dayanağı idari bir işlem değil, doğrudan kanun (6222 sayılı Kanun madde 18/7 fıkrası) olacaktır⁹². Peki bu hallerdeki kolluk faaliyetini bir idari işlem mi yoksa salt bir idari eylem mi kabul etmek gerekir? Doktrinde idarenin bu şekilde yetki kullanması durumunda, araya açık veya zımnî bir işlem girmesi şartıyla, spor alanına girilmesini engelleme eylemin bir idari işlem olacağı görüşü ileri sürülmüştür⁹³. Daha keskin bir görüşe göre ise doğrudan yasal bir yetkiye dayanılarak yapılan faaliyetin eylem değil, işlem niteliğinde olduğu kabul edilmektedir⁹⁴.

Kanaatimizce kolluğun, bir kararın icrası niteliğinde olmayan madde 18/7 fıkrasına dayalı yetki kullanımı kapsamındaki eylemi, salt idari eylem kabul edilemez. Olsa olsa bir idari işlemin hazırlık eylemi olarak görülmelidir. Bu hallerde ilgili kişilerin spor alanlarına girişi fiilen engellenmeli ve maddî olay kolluk tarafından tutanağa bağlanmalıdır. İdari tedbir niteliğindeki seyirden yasaklama kararı ise spor güvenlik kurulu tarafından takdir edilmelidir. Kaldı ki fiilen girişin engellenmesi sırasında kişi hakkında hemen idari nitelikte

⁹⁰ Taner Ayanoğlu, *Uyuşmazlık Mahkemesi Kararlarına Göre İdari Eylemin Tanımlanması*, Legal Yayıncılık, 2004, s. 104.

⁹¹ Ayanoğlu, s. 105, 112.

⁹² Ayanoğlu, s. 96.

⁹³ Ayanoğlu, s. 85.

⁹⁴ Bahtiyar Akyılmaz, *İdari Usul İlkeleri Işığında İdari İşlemin Yapılış Usulü*, Yetkin Yayınları, 2000, s. 24-25.

seyirden yasaklama kararı verilmesi kanunen zorunlu değildir. Eğer durum sonradan karar verilmek üzere spor güvenlik kuruluna intikal ettirilmemişse, mevzuatta öngörülen durumla örtüşmediği için kendi başına idari eylem olarak nitelenebilir.

6222 sayılı Kanun hükümlerine göre idari nitelikteki seyirden yasaklama tedbirinin bir yıl boyunca uygulanabilir olması, bu tedbirin idari işlem niteliği taşıdığını gösteren başka bir nedendir. İlgilisi hakkında bir yıl boyunca etkisini sürdürebilecek bir tedbir kararının, hukuk devleti ilkesi gereği yargısal denetime açık tutulması gerekir. Bu anlamda işlemin yürütmesinin durdurulması ve iptali çerçevesinde idari yargı denetimi mümkün olmalıdır. İptal davaları İYUK madde 2/1-(a) bendi gereğince ancak idari işlemlere karşı açılabilir. Eğer yasaklama tedbiri kategorik olarak idari eylem sayılırsa, iptal davası şeklinde bir yargısal denetim yapılamayacaktır. Ancak tam yargı davası şeklinde idari eylemden kaynaklanan zararların tazmini talep edilebilir. İdari işlem kabul edilmesi halinde ise hem işlemin iptali hem de işlemde kaynaklanan zararın tazmini talebini içeren iptal ve tam yargı davası birlikte açılabilir.

Spor güvenlik kurulunun kararları İYUK madde 7’de idari işlemler için öngörülmüş 60 günlük genel dava açma süresine tabidir. Zira Kanun’da özel bir dava açma süresi öngörülmüş değildir. Kanaatimizce spor güvenlik kurulu kararlarının genel dava açma süresine tabi tutulması, kimi zaman yargılamayı işlevsiz bırakabilir. Zira kurul kararları hemen uygulanmakla birkaç gün içinde etkisini göstermektedir. Hatta seyircisiz oynama kararı gibi bazı işlemler uygulanmakla etkisini yitirecektir. Bu sebeple İYUK madde 20/A, 20/B ve 20/C’deki ivedi yargılama usulü kapsamında özel süreler belirlenebilir. Aynı şekilde yürütmenin durdurulması taleplerine ilişkin de özel süreler belirlenmelidir. Kurulun ayrı bir kamu tüzel kişiliği olmadığı için alacağı kararlara karşı açılacak iptal davalarında ise davalı, o ilin valiliği olacaktır⁹⁵.

Yukarıdaki açıklamalar kapsamında toparlarsak kurulun tek tarafı ve icrai nitelikteki kararları, Anayasa’nın 125. maddesinin 1. fıkrasındaki “*İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır*” kuralı gereğince idari yargı denetimine açık olmalıdır. Kurulun işlemlerinin yargısal denetimleri ise Kanun’da aksine bir düzenleme olmaması, tesis edenin organik anlamda idare sayılması ve idare işlevine ilişkin olması gerekçeleriyle idari yargı kolunda yapılmalıdır. Diğer yandan bu yargı denetimini sadece iptal davası ile sınırlı

⁹⁵ Kayseri 2. İdare Mahkemesi, E. 2023/333, T. 03.03.2023.

tutmamak gerekir. İdarenin, hukuk devletinin gereği olarak her türlü eylem ve işlemi ile ilgili yargı makamları önünde hesap vermesi, işlemin iptal edilmesi yanında, işlem ya da eylemlerden kaynaklanan zararların tazmininden de sorumlu olması anlamına gelmektedir. Zira Anayasanın 125. maddesindeki “İdare, kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür.” kuralı açıkça bunu emretmektedir.

SONUÇ

Spor mevzuatı ulusal ve uluslararası ölçekte son yüzyılda hızla gelişmiş ve spor oyun kurallarından ayrılmıştır. Bu yönü ile yeni gelişen bir hukuki temele sahip olsa da uluslararası spor mevzuatı, ulusal mevzuatı çok hızlı etkilemektedir. Spor etkinliklerinin kişi ve toplum üzerinde zihinsel ve bedensel bir çok olumlu etkisi vardır. Diğer yandan geniş kitleleri ilgilendirmesi ve rekabetin giderek ticari nitelik kazanması, fanatizmin artmasına ve sporda şiddet ve düzensizliğin kamu düzenini tehdit etmesine neden olmaktadır. Dünyada bu sorunun çözümü adına hızlıca yasal tedbirlere başvurulmuş, uluslararası bazı belgeler yürürlüğe konulmuştur. Ülkemizde de bu yönde son yirmi yılda çeşitli yasal düzenlemeler yürürlüğe girmiştir. Kısa bir süre içinde iki özel kanun ve birkaç uygulama yönetmeliği spor etkinliklerindeki sorunların giderilmesi adına uygulama alanı bulmuştur.

Spor etkinliklerinde şiddet ve düzensizliğin önlenmesi amacıyla getirilen 6222 sayılı Kanun’un yürürlüğe girmesi, spor faaliyetlerinde kamu düzenini tehdit eden sorunların çözümüne yönelik özel bir düzenleme olması hasebiyle önemli bir gelişmedir. İlgili mevzuatta idarenin kolluk faaliyeti kapsamındaki görev, yetki ve sorumlulukları spor güvenlik kuruluna bırakılmıştır. Bu kapsamda spor güvenlik kurulları kişi, grup ve kuruluşlar hakkında bir takım idari karar ve tedbirler alabilmektedir. Alınan kararlar anayasal ve yasal gereklilikler çerçevesinde idari işlemlerin yargısal denetimi için öngörülen usullere tabidir. Ancak mevzuatta bazı belirsizlikler ve eksiklikler vardır. Diğer yandan mevzuatta düzenlenmiş olmakla beraber uygulama eksikliğinden kaynaklanan sorunlar gündeme gelmektedir. Spor güvenlik kurulunun görev ve sorumluluklarını yerine getirmemesinden kaynaklanan zararlardan dolayı idarenin hizmet kusuruna dayalı sorumluluğu gündeme gelecektir. Bu noktada çalışmamız kapsamında dikkat çektiğimiz hususlarda şu tespit ve önerilerde bulunmak mümkündür:

-Mevzuattaki eksiklik ve belirsizlikler bazı kararların kim tarafından alınacağı ve tabi oldukları hukuksal rejim hususunda tereddütlere yol

açmaktadır. Bu nedenle ilgili düzenlemelerde açıklığa kavuşturulması gereken yönler mutlaka sporun bileşenlerinin katılımı ile giderilmelidir.

-Spor etkinliklerinin ticari yönünün ön plana çıkması, spor güvenlik kurulunun kolluk faaliyeti kapsamında gerçekleştirdiği işlemleri klasik kolluk faaliyetinin ötesine taşımaktadır. Spor etkinliklerinde kamu düzeninin sağlanması, özel güvenlik hizmetlerinin koordinasyonun da sağlanmasını gerektirmektedir. Spor güvenlik kuruluna bu kapsamda geniş yetkiler verilmiştir. İdare, güvenlik şirketlerini “spor özel güvenlik hizmetleri” alanında uzmanlaşmaya teşvik edici tedbirler almalıdır.

-Bilhassa büyükşehir statüsündeki illerde, spor etkinliklerindeki tedbirlerin alınmasında tek başına kolluk personelinin yeterli olması beklenemez. Bu bakımdan spor güvenlik kurullarının oluşumunda idare dışında özel hukuk kişi ve gruplarının temsilcilerine yer verilmesi yerinde olmuştur. Kamu düzeni ve kolluk faaliyeti gibi idarenin tekelindeki bir konuda, bu işbirliği yaklaşımı değerlidir. Ancak uygulamada, spor güvenlik kurulunun mevzuatta öngörülen çalışma esaslarına yeteri kadar riayet etmediği anlaşılmaktadır. Spor güvenlik kurullarında, kurul yapısına uygun olmayan karar alma süreçleri işletilmektedir. Kararlar, kolektif işlemin esasına aykırı şekilde sadece vali ve emniyet müdürünün katılımı ile tesis edilmektedir. Kurul mekanizması işletilememekte ve dolayısıyla sporun bileşenlerinin katılımı sağlanamamaktadır. Öyle ki kurulun bu hüviyetteki işlemleri, artık kolektif işlem kategorisinden çıkmaktadır. Bu duruma engel olmak adına kurul toplantı nisabı getirilmelidir.

-Spor güvenlik kurulunun kararları idari işlem niteliğinde olduğundan idari yargı denetimine açıktır. Bu yönde kısıtlayıcı bir düzenleme yoktur. Ancak bazı kurul kararlarının kısa sürede etki gösteriyor olması, idari yargı denetiminde süreler bakımından özel düzenlemeler yapılmasını gerektirmektedir. Dava açma süresi, esasa ilişkin karar verme süresi, cevap süreleri, yürütmenin durdurulması taleplerinin değerlendirilmesi veya kanun yolu süreleri gibi konularda, ivedi yargılama usulündeki gibi özel hükümler öngörülebilir. Aksi halde bazı temel hakları kısıtlayan işlemlerin etkili bir yargısal denetimi yapılamayacaktır. Bu nedenle mevzuatın idare hukuku ilke ve kuralları çerçevesinde bazı iyileştirmelere ihtiyacı olduğunu söylemek mümkündür.

KAYNAKÇA

- Akyılmaz B, *İdari Usul İlkeleri Işığında İdari İşlemin Yapılış Usulü*, 1. Baskı, Yetkin Yayınları, 2000.
- Akyılmaz B vd., *Türk İdare Hukuku*, 17. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2023.
- Altunkaş A/Ataç A S, “6222 Sayılı Kanun Kapsamında Seyirden Yasaklama (m. 18)”, *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2017/2, s. 69-109.
- Apaydın B, “Türk Spor Hukuku’nun Tarihsel Gelişimi”, *GSÜHF Dergisi*, 4(2), 2005, s. 85-99.
- Atay E E, *İdare Hukuku*, 6. Baskı, Turhan Kitabevi, 2020.
- Avcı M, “Spor Federasyonlarının Hukukî Niteliği, İdari Teşkilât İçindeki Konumu ve Bağımsızlığı Sorunu”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası (İÜHFİM)*, 70(2), 2012, s. 3-20.
- Ayanoğlu T, *Uyuşmazlık Mahkemesi Kararlarına Göre İdari Eylemin Tanımlanması*, 1. Baskı, Legal Yayıncılık, 2004.
- Donay S, *Sporda Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesi ve Şike ve Teşvik Primi*, 2. Baskı, Beta Yayınları, 2012.
- Erkut C, *İptal Davalarının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği*, Danıştay Yayınları No 51, 2015.
- Feyzioğlu T, “İdari Karar ve İdari Makam”, *Siyasal Bilgiler Okulu Dergisi*, MEB Matbaası, 1947, s. 431-434.
- Fişek K, *Spor Yönetimi*, AÜSBF Yayınları, 1980.
- Gözübüyük A Ş/Tan T, *İdare Hukuku*, 1, 13 Baskı, Turhan Yayınevi, 2019.
- Gürten K/Erenel S E, “Lex Sportiva: Spor Hukukunun Küreselliği”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 3(1), 2012, <<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/208418>>, Erişim Tarihi 10 Şubat 2024, s. 295-316.
- Kaplan O, “Kamu Düzeni Kavramının Sportif Faaliyetler Yönünden Etkileri (İdare Hukuku Odaklı Bir Analiz)”, *Yaşar Hukuk Dergisi*, 3(2), 2021, <<https://dergipark.org.tr/tr/pub/yhd/issue/64364/977294>>, Erişim Tarihi 11 Şubat 2024, s. 35-83.
- Kunter H B, *Eski Türk Sporları Üzerine Araştırmalar*, Cumhuriyet Matbaası, 1938.
- Kuru O H, *Türk Hukukunda Spor Federasyonlarının Hukuki Statüsü*, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2019.

- Nafziger J A R, “The Mutuality Of National And International Identities In International Sports Law”, *AJIL Unbound*, vol. 114, 2020, <<https://www.jstor.org/stable/26995390>>, Erişim Tarihi 12 Şubat 2024, s. 368-373.
- Özen M, *Sporda Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesine Dair Kanunda Yer Alan Suçlar ve Yaptırımları*, 1. Baskı, Adalet Yayınları, 2013.
- Parish R, *Sports Law and Policy in the European Union*, Manchester University Press, 2003, <<http://www.jstor.org/stable/j.ctt155jc4s.6>>, Erişim Tarihi 15 Şubat 2024.
- Sportif Karşılaşmalarda ve Özellikle Futbol Maçlarında Seyircilerin Şiddet Gösterileri ve Taşkınlıklarına Dair Avrupa Sözleşmesi*, Dış İlişkiler ve Avrupa Birliği Genel Müdürlüğü, <https://diabgm.adalet.gov.tr/arsiv/sozlesmeler/coktarafli/soz/ak/turkce/120_tur.pdf>, Erişim Tarihi 23 Ocak 2024.
- Tan N, “Tarihi Türk Güreşi Hakkında Notlar”, *Geleneksel Türk Sporları Semineri*, Konya Turizm Derneği Yayınları, 1976.
- Tekinsoy Ö O, “Kolluk Faaliyetleri”. ed. Turan Yıldırım. *İdare Hukuku*, Güncelleştirilmiş 9. Baskı, Oniki Levha Yayıncılık, 2021, s. 609-670.
- Tokatlıoğlu A E, *İki Dünya Savaşı Arası Dönemde Türkiye’de Spor ve Siyaset İlişkisi*, İstanbul Üniversitesi SBE Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2012.
- Türk Spor Kurumu Nizamnamesi*, Çankaya Matbaası, 1938.
- Ulusoy A D, *Türk İdare Hukuku*, 5. Baskı, Yetkin Yayınları, 2022.
- Ulusoy A D, *İdari Yaptırımlar*, On İki Levha Yayıncılık, 2012.
- Yaşar Y, “6222 Sayılı Sporda Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesine Dair Kanun’un 18’inci Maddesinde Yer Alan “Seyirden Yasaklanma” ile “Seyirden Yasaklama” Tedbirleri”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 19(1), Yıl 2013, <<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/793234>>, Erişim Tarihi 15 Ocak 2024, s. 3-38.
- Yıldırım T, “Genel Kuramlar ve Anayasal İlkeler”. ed. Turan Yıldırım. *İdare Hukuku*. Güncelleştirilmiş 9. Baskı, Oniki Levha Yayıncılık, 2021, s. 3-63.
- Yıldız D, *Türk Spor Tarihi*, Eko Matbaası, 1979.
- Yurt Ç, *Spor ve Hukuk*, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, 2023.
- Zafer H, “Sporda Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesine Yönelik Bir Çare Olarak Seyirden Yasaklama (6222 Sayılı Kanun m.18)”, *TAAD*, 5(19), 2014, s. 23-52.

Hukuk Fakültesi Dergisi

Ankara Hacı Bayram Veli University
Faculty of Law Review

ISSN: 2651-4141 e-ISSN: 2667-4068
Cilt/Volume XXVIII Temmuz/July 2024 Sayı/No. 3

POLİS VAZİFE VE SALÂHİYET KANUNU'NA GÖRE ÖNLEME ARAMASINDA YETKİ VE YETKİ İLE ALAKALI VE ÖNEMLİ BAZI HUSUSLAR

AUTHORITY IN TERMS OF PREVENTIVE SEARCH ACCORDING TO
THE POLICE DUTIES AND AUTHORITY LAW AND SOME IMPORTANT
ISSUES RELATED TO AUTHORITY

Sencer Abdullah AKKOYUNLU*  

ÖZET

Önleme araması, özel hayatın gizliliğine yönelik ileri düzeyde müdahale teşkil eden bir faaliyettir. Polis önleme araması yaparak suç işlenmesine neden olabilecek, tehlike doğurabilecek eşyaları araştırmakta ve bu türden eşyalara ulaşmaya çalışmaktadır. Arama kararı alma yetkisi Anayasa'nın 20'nci maddesiyle hâkime, gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde ise kanunla yetkilendirilmiş merciye verilmiştir. Polis Vazife ve Salâhiyet Kanunu'na göre önleme araması kararı almaya yetkili hâkim sulh ceza hâkimidir; aynı Kanun'a göre arama kararı vermeye yetkili merci ise vali ve kaymakamdır (mülki amirdir). Bununla birlikte Polis Vazife ve Salâhiyet Kanunu'na göre kolluk amiri de bazı hâllerde önleme araması kararı alabilmekte ve hatta Anayasa'ya aykırı olmakla beraber polis herhangi bir arama kararı gerekmeksizin önleme araması yapabilmektedir. Önleme araması kararının alınması ile ilgili olarak yargı yeri (sulh ceza hâkimi) ile idare (vali ve kaymakam, polis bazen kolluk amiri) yakın ilişki içerisinde olup, aramanın yapılmasında her ikisinin de rolü bulunmaktadır. Bu yakın ilişkinin ve rolün sonucu olarak önleme araması kararı alma yetkisinin

* Dr. Öğr. Üyesi, Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku Anabilim Dalı/ERZİNCAN, E-posta: saakkoyunlu@erzincan.edu.tr, ORCID: 0000-0001-5682-0786, DOI: 10.34246/ahbvuhfd.1469914.

- Atf Şekli/ Cite As: Akkoyunlu A. S., "Polis Vazife Ve Salahiyet Kanununa Göre Önleme Aramasında Yetki Ve Yetki İle Alakalı Ve Önemli Bazı Hususlar", *AHBVÜ Hukuk Fakültesi Dergisi*, 28(3), 2024, s.407-460.
- İntihal / 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.



detaylı olarak incelenmesi gerekmektedir. Makalemizde önleme araması kararı alma yetkisini, yetki ile alâkalı, önemli gördüğümüz hususları, doktrinde yer alan düşünceleri de göz önünde bulundurmak suretiyle ele almakta, konuyla ilgili düşünce ve önerilerimizi dile getirmekteyiz.

Anahtar kelimeler: Arama, önleme araması, kuvvetler ayrılığı, polis, yargı fonksiyonu.

ABSTRACT

Preventive search is an activity that constitutes a high level invasion to right to privacy. By conducting a preventive search, police search for items that may cause a crime or pose a danger and try to reach such items. The authority to obtain a search warrant is given to the judge by Article 20 of the Constitution, and in cases where delay is harmful, the authority authorized by law is given. According to Police Duties and Authority Law the judge authorized to obtain a preventive search decision is the criminal judge of peace; according to the same Law, the authority authorized to obtain a search warrant is the governor and district governor. However, according to the Police Duties and Powers Law, the law enforcement chief can also decide to obtain a preventive search in some cases, and even though it is against the Constitution, the police can conduct a preventive search without the need for any search warrant. Regarding the obtain to a preventive search, the court of justice (criminal judge of peace) and the administration (governor and district governor, police and sometimes law enforcement chief) are in close relationship, and both of them have a role in conducting the search. As a result of this close relationship and role, the authority to obtain a preventive search decision needs to be examined in detail. In our article, we discuss the authority to obtain a preventive search decision, the issues we consider important, related to the authority, exhibit the ideas in the doctrine by considering them and express our thoughts and suggestions on the subject.

Keywords: Search, preventive search, separation of powers, police, judgment function.

EXTENDED ABSTRACT

Police Duties and Authority Law authorise that the police can conduct preventive searches. It is possible for the police to conduct a preventive search in order to prevent danger and crime. However, in order for the police to conduct a search, as a rule, a search warrant must be obtained by the criminal judge of peace. In cases where delaying would cause harm, it is also possible for the governor in the province or the district governor in the district to issue a search warrant to the police. When talking about the persons authorized to decide on a preventive search, the first thing that comes to mind is the criminal judge of peace, the governor and the district governor. However, under certain conditions, it is also possible for the objection authority, the Minister of Internal Affairs and the chief of law enforcement to make a search decision.

It would be useful to discuss the regulations regarding the authority to obtain search

warrants in the Police Duties and Authority Law, taking into account the thoughts in the doctrine regarding this issue.

It is criticized that in the doctrine it is possible for the police to convey the search request to the judge only through the governor or district governor. In our opinion, it is not appropriate to make a criticism in this direction. Because the governor and the district governor are the hierarchical superiors of the law enforcement agency, of which the police are a part. As hierarchical superiors, it is beneficial for the governor and district governor to examine the police's request for a search in terms of legality and propriety before submitting it to the judge.

Although the preventive search decision is a decision made by the criminal judge of peace, it is claimed that this decision is an administrative decision. In our opinion, the preventive search decision is not an administrative decision; It is a judicial decision. The said conclusion is reached because the decision to make a preventive search by the judge means that the administration's search request is examined by an independent and impartial judicial body, and the use of this power is similar to non-contentious judicial matters. It is possible to object to the preventive search decision, which is a judicial decision, in accordance with the Code of Criminal Procedure.

Although it is claimed that giving the authority to make a preventive search decision to the criminal judge of peace is incompatible with the principle of separation of powers, we do not agree with this. Giving a power of the administration, which operates in a very wide area, to an independent and impartial judicial body does not cause a significant narrowing in the field of activity of the administration. In addition, although the decision for a preventive search is taken by the judge, the search request letter containing the reasons to be taken into consideration in making this decision is prepared by the administration. Therefore, the will of the administration is also effective in making the decision to conduct a preventive search.

In the doctrine, some authors argue that the fact that searches can only be carried out with the decision of the governor or district governor in cases where delay is harmful will harm the fight against crime. Such a problem will not arise if communication tools that will enable rapid correspondence with the governor or district governor and rapid decision-making are used.

There is no provision in the Police Duties and Authority Law stating that the search decision taken by the governor or district governor will be submitted to the judge for approval later. This situation causes hesitation as to whether it is mandatory for the search decision taken by the governor or district governor to be submitted to the judge for approval later. Since the search decision must be submitted to the approval of the judge according to the Constitution, the preventive search decision taken by the governor or district governor in accordance with Police Duties and Authority Law must also be submitted to the approval of the judge.

In the Police Duties and Powers Law, the police are allowed to directly search those who come to the buildings and facilities they provide security for in order to prevent or eliminate danger. It is necessary for the police to be able to directly search those who come to places where they provide security. The police must have the authority to directly search those who come to places where they provide security; But such an authorization is against the Constitution. Because it is not foreseen in the Constitution that a search can be carried out without the need for a judge's decision or the decision of the authority authorized by law.

GİRİŞ

Polis, Polis Vazife ve Salâhiyet Kanunu'na¹ (PVSK'ya) göre kamunun can ve mal güvenliğini sağlamak ve korumakla yükümlüdür². Polis bu kapsamda PVSK'nın kendisine verdiği görevleri yerine getirmektedir³. Polisin can ve mal güvenliğini sağlamaya yönelik görevlerinden bir kısmı önleyici tedbirlere başvurmasını gerektirmektedir. Önleyici tedbirler alma gereğine ilişkin olarak PVSK'da (m.2/1-A) “kanunlara, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerine, yönetmeliklere, Hükümet emirlerine ve kamu düzenine uygun olmayan hareketlerin işlenmesinden önce bu kanun hükümleri dairesinde önünü almak” polisin genel güvenlikle ilgili görevleri arasında sayılmış olup, önleme araması polisin güvenliği sağlamaya yönelik olarak başvurduğu önleyici bir tedbirdir.

Anayasa'da ve PVSK'da önleme aramasında yetkiye ilişkin düzenlemelerin içeriğinin daha açık şekilde anlaşılabilmesi, bazı düzenlemelere yönelik eksikliklerin, eleştirilerin belirlenmesi ve bunlar karşısında görüşlerimizin ve çözüm önerilerimizin ortaya konulması gerekleri karşısında böyle bir çalışmanın hazırlanması gerektiği düşünülmüştür.

İçeriği itibariyle çalışmamızda, önleme araması kararı alma yetkisine kimlerin sahip olduğu belirlenecek, önleme araması kararı alma yetkisine sahip olan sulh ceza hâkiminin bu yetkiyi kullanımından önce idare tarafından yürütülmesi gereken süreç anlatılacaktır. Daha sonra sulh ceza hâkimi

¹ Polis Vazife ve Salâhiyet Kanunu, Kanun Numarası: 2559, Kabul Tarihi: 04.07.1934, RG 14.07.1934/2751.

² PVSK'ya göre (m.1/1) “polis, asayışı amme, şahıs, tasarruf emniyetini ve mesken masuniyetini korur. Halkın ırz, can ve malını muhafaza ve ammenin istirahatini temin eder”.

³ PVSK'ya göre (m.1/2) polis “yardım isteyenlerle yardıma muhtaç olan çocuk, alil ve acizlere muavenet eder. Kanun, Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ve ilgili mevzuatın kendisine verdiği vazifeleri yapar”.

tarafından verilen arama kararının hukuki niteliği üzerinde durulacaktır.

Çalışmamızda mülki amir tarafından arama kararı alınmasını gerektirecek olan gecikmesinde sakınca bulunan hallerin neler olabileceği anlatılacaktır. Devamında mülki amir tarafından arama kararı alınan hallerde bu kararın hâkim onayına sunulması konusu ele alınacaktır.

Önleme araması kararının alınmasında itiraz mercii'nin yeri ortaya konulduktan sonra İçişleri Bakanı'nın hangi durumlarda arama kararı alma yetkisine sahip olabileceği belirlenecek, sonrasında kolluk amirinin önleme araması kararı alma yetkisinin bulunup bulunmadığı ve polislin doğrudan arama yapır yapamayacağı meseleleri incelenecektir.

I. ÖNLEME ARAMASININ TANIMI

Önleme aramasına ilişkin bir tanım yapmadan önce aramanın içeriğine ilişkin bazı açıklamalarda bulunmak gerekmektedir. Bu açıklamalar önleme aramasının tanımlanmasına yardımcı olacaktır.

Arama, başkalarının bulunması ve bilinmesi arzu edilmeyen şeylerin ortaya çıkarılması için gerçekleştirilen bir faaliyettir⁴. Başkalarının bulunması ve bilinmesi arzu edilmeyen şeyler gizli ve saklı durumda bulunurlar. Arama yapılarak ortada olmayan, gizli ve saklı durumda olan nesnelere ortaya çıkarılmaya çalışılır⁵. Gizli tutulmayan, aleni durumda bırakılan şeyler aramaya konu olamaz⁶. Örneğin polislin kişinin üzerinde bulundurduğunu

⁴ Mehmet Akdemir, *Türk Hukukunda Önleyici Arama*, Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2018, s. 15.

⁵ Hüseyin Yalçın, *Önleme Araması*, Yüksek Lisans Tezi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2010, s. 6; Mesut Bilen, *Adli Arama ve Önleme Araması*, Yüksek Lisans Tezi, Dicle Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, s. 14; Mert Gümüşay, *Anayasa Değişiklikleri Işığında Arama Hukuku*, Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2004, s. 8.

⁶ Bilen, s. 14. "...Arama, gizli olanı ortaya çıkarmak için yürütülen bir faaliyet olduğundan gözle görülen veya açıkta bırakılan şeyler aramanın konusu olamaz..." (Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 18/10/2016, Esas 2016/57, Karar 2016/374, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi. Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 14/03/2017, Esas 2016/361, Karar 2017/139, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi. Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 09/04/2019, Esas 2016/386, Karar 2019/300, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi. Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 02/05/2019, Esas 2016/513, Karar 2019/371, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi. Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 20/12/2018, Esas 2016/1370, Karar 2018/666, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi. Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 18/06/2019, Esas 2017/947, Karar 2019/479, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi. Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 21/09/2021, Esas 2019/342, Karar 2021/414, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi. Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 11/11/2021, Esas 2019/526, Karar 2021/556, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi. Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 26/05/2022, Esas 2020/318, Karar 2022/384,

gördüğü silahı alması hâlinde silahın arama ile ele geçirilen eşya olduğundan söz edilemez⁷. Terk edilmiş durumda olan bir eşyanın araştırılması da arama sayılmayacağından⁸ araştırma sonucunda ele geçirilen eşya, arama yoluyla elde edilmiş bir eşya olarak kabul edilemez. Terk edilen eşya herkesin ulaşabileceği hâlde bırakılmış olduğundan gizlilik özelliğini kaybeder. Bu tür eşyalar bakımından özel hayatın gizliliğinin korunması yönünde bir beklenti kaldığından söz edilemez⁹. Önleme araması Anayasa'da (m.20) özel hayatın gizliliğine yönelik bir sınırlama olarak öngörüldüğünden özel hayata ilişkin gizliliğin olmadığı hâllerde polisin ele geçirmek istediği şeye yönelik faaliyeti arama olarak değerlendirilemez.

Türk Dil Kurumu Sözlüğünde arama fiili “*birini veya bir şeyi bulmaya çalışmak, bir yerde bir şey bulmak için bakmak, araştırmak*” olarak tanımlanmıştır¹⁰. Önleme fiili için ise “*bir şeyin olmasına veya yapılmasına engel olmak, ortaya çıkan veya çıkacağı düşünülen bir tehlikeyi durdurmak, önüne geçmek*” şeklinde bir tanımlama yapılmıştır¹¹.

Gerek sözlükte yer verilen bu tanımlardan gerekse de aramaya yönelik olarak birinci paragrafta yaptığımız açıklamalardan yola çıkarak önleme araması için şöyle bir tanım yapmak mümkündür: Önleme araması, arzu edilmeyen bir şeyin gerçekleşmesinin veya gerçekleştirilmesinin önüne geçmek amacıyla gizli, saklı durumda bulunan şeyi araştırma ve ortaya çıkarma faaliyetidir.

Mevzuatta önleme aramasının bir tanımın yapılıp yapılmadığına bakıldığında PYSK'da önleme aramasının tanımına yer verilmediği görülmektedir. Ancak PYSK'da (m.9) önleme aramasının içeriğine yönelik

Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi. Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 31/05/2023, Esas 2022/514, Karar 2023/327, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi. Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 27/09/2023, Esas 2023/129, Karar 2023/477, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi. Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 14/02/2024, Esas 2023/378, Karar 2024/64, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi. Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 03/04/2024, Esas 2023/373, Karar 2024/155, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi.

⁷ Örnek ile ilgili olarak bkz. Yener Ünver/ Hakan Hakeri, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 19. Baskı, Adalet Yayınevi, 2022, s. 402; Merve Şahin, *Önleme Araması*, Yüksek Lisans Tezi, Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2021, s. 6.

⁸ Yalçın, s. 7.

⁹ Akdemir, s. 16-17; Gümüşay, s. 8.

¹⁰ Sözlükte arama fiilinin diğer tanımlarına da yer verilmiştir. Biz bu tanımlardan çalışmamızla alakası olanları metne aktarmış bulunmaktayız. Arama fiilinin tanımları için bkz. Türk Dil Kurumu Sözlüğü, <<https://sozluk.gov.tr/>>, Erişim Tarihi 14 Şubat 2024.

¹¹ Türk Dil Kurumu Sözlüğü, <<https://sozluk.gov.tr/>>, Erişim Tarihi 14 Şubat 2024.

olarak kullanılan ifadelerden yola çıkarak da önleme araması için bir tanım yapılması mümkündür. Buna göre önleme araması, “*polis(in) tehlikenin veya suç işlenmesinin önlenmesi amacıyla usûlüne göre verilmiş sulh ceza hâkiminin kararı (yla) veya bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde mülkî âmirin vereceği yazılı emirle kişilerin üstlerini, araçlarını, özel kâğıtlarını ve eşyasını ara (ma)*” faaliyetidir.

PVSK’dan farklı olarak Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği’nde (AÖAY’de)¹² ise açık bir şekilde, aramanın yapılma amaçları belirtilmek suretiyle önleme araması için uzun bir tanım yapılmıştır. AÖAY’ye göre (m.19/1) önleme araması “*a) Millî güvenlik ve kamu düzeninin, genel sağlık ve genel ahlâkın veya başkalarının hak ve hürriyetlerinin korunması, b) Suç işlenmesinin önlenmesi, c) Taşınması veya bulundurulması yasak olan her türlü silâh, patlayıcı madde veya eşyanın tespiti, amacıyla, hâkim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde mülkî âmirin yazılı emriyle ikinci fıkrada belirtilen yerlerde¹³, kişilerin üstlerinde, aracında, özel kâğıtlarında ve eşyasında yapılan arama işlemidir*”.

II. ADLİ ARAMA-ÖNLEME ARAMASI AYRIMI

Arama, yapılış amacına göre adli arama ve önleme araması şeklinde ikiye ayrılmaktadır. Suçun veya tehlikenin önlenmesi için yapılan aramaya “önleme araması”, şüpheli veya sanığa ulaşmak ve suç delillerini elde etmek için yapılan aramaya ise “adli arama” denilmektedir¹⁴. Önleme aramasının

¹² Yönetmeliğin dayanakları arasında PVSK da bulunmaktadır. Bkz. AÖAY, m.3.

¹³ Bkz. AÖAY m.19/2.

¹⁴ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 25/11/2014, Esas 2013/841, Karar 2014/513, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi. Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 03/12/2019, Esas 2016/427, Karar 2019/688, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi. Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 18/10/2016, Esas 2016/57, Karar 2016/374, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi. Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 14/03/2017, Esas 2016/361, Karar 2017/139, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi. Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 09/04/2019, Esas 2016/386, Karar 2019/300, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi. Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 02/05/2019, Esas 2016/513, Karar 2019/371, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi. Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 20/12/2018, Esas 2016/1370, Karar 2018/666, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi. Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 18/06/2019, Esas 2017/947, Karar 2019/479, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi. Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 21/09/2021, Esas 2019/342, Karar 2021/414, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi. Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 11/11/2021, Esas 2019/526, Karar 2021/556, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi. Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 26/05/2022, Esas 2020/318, Karar 2022/384, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi. Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 22/11/2022, Esas 2021/429, Karar 2022/725, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi. Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 31/05/2023, Esas 2022/514, Karar 2023/327, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi. Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 27/09/2023, Esas 2023/129, Karar 2023/477, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi. Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 14/02/2024, Esas 2023/378,

yalnızca suçla olan ilişkisi göz önünde bulundurularak, suç işlenmeden önce yapılan aramanın “önleme araması”¹⁵, suç işlendikten sonra yapılan aramanın ise “adli arama” olduğu ifade edilmektedir¹⁶. Ayrıca hem önleme aramasının hem de adli aramanın tehlike tedbirleri olduğu, bunlardan önleme aramasının önleme tedbiriyken, adli aramanın koruma tedbiri olduğu belirtilmektedir¹⁷.

Önleme araması ve adli arama ayrımı Anayasa Mahkemesi'nin vermiş olduğu bir kararda ele alınmıştır. Anayasa Mahkemesi'ne göre “*Önleme araması... 2559 sayılı Polis Vazife Salâhiyet Kanunu'nun 9. maddesinde düzenlenmiştir. Söz konusu maddeye göre önleme araması, tehlikenin veya suç işlenmesinin önlenmesi amacıyla kişilerin üstlerinin, araçlarının, özel kâğıtları ve eşyasının aranması olarak tanımlanmıştır. Bu yönüyle önleme araması, ceza muhakemesi hukukunda, suçluların yakalanması ve suç delillerinin ortaya çıkarılması için başvurulmuş ve geçici bir koruma tedbiri*¹⁸ olan adli aramadan ayrılmaktadır”¹⁹.

Önleme aramasından farklı usul ve esaslara göre yürütülecek olması itibariyle adli arama 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda (CMK'da) düzenlenmiştir. Adli aramaya ilişkin düzenlemeler CMK'nın 116'ncı ve 122'nci maddeleri arasında, 130, 134, 138 ve 140'uncü maddelerinde yer almaktadır. Bahsi geçen maddelerde, şüpheli, sanık ve diğer kişilerin üstlerinin, eşyalarının, konutlarının, işyerlerinin ve onlara ait diğer yerlerin aranması, aramanın şartları, arama yapma kararı alabilecek olanlar, arama kararının içeriği ve arama ile ilgili diğer hususlara yer verilmiştir.

Karar 2024/64, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi. Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 03/04/2024, Esas 2023/373, Karar 2024/155, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi. Ayrıca bkz. Anayasa Mahkemesi, 12/10/2005, Esas 2003/38, Karar 2005/63, Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası. Veli Özer Özbek/ Pınar Bacaksız, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Arama”, *Ceza Hukuku Dergisi*, 1 (1), 2006, s. 148 ve 153.

¹⁵ Önleme aramasının önleme amaçlı bir faaliyet olarak kolluğun suç öncesi görevleri arasında olduğu belirtilmektedir (Ahmet Gökçen/ Murat Balcı/ M. Emin Alşahin/ Kerim Çakır, *Ceza Muhakemesi II*, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, 2018. s. 102).

¹⁶ Bilen, s. 15; Veli Özer Özbek, “Önleme Araması”, *Polise Görev, Yetki ve Sorumluluk Veren Mevzuat Uygulamalarına İlişkin Eğitim Projesi (MUYEP) Tebliği II*, 2008, s. 68.

¹⁷ Özbek, s. 71.

¹⁸ Anayasa Mahkemesi'ne göre “...Arama, ceza muhakemesi hukukunda, suçluların yakalanması ve suç delillerinin ortaya çıkarılması için başvurulmuş geçici bir koruma tedbiridir...”. (Anayasa Mahkemesi, 12/10/2005, Esas 2003/38, Karar 2005/63, Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası).

¹⁹ Anayasa Mahkemesi, 30/06/2022, Esas 2018/137, Karar 2022/86, prg 19, Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası.

Önleme araması, arama kararı verebilecekler (arama yetkisine sahip olanlar) bakımından adli aramadan farklılık arz etmektedir. CMK'ya göre (m.119/1) adli arama da önleme aramasında olduğu gibi kural olarak hâkim kararı üzerine yapılabilir; ancak gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısının emri üzerine de arama yapılabilir ve hatta Cumhuriyet savcısına ulaşılamayan durumlarda kolluk amirinin yazılı emri arama yapılabilmesi için yeterli kabul edilmektedir.

III. ÖNLEME ARAMASININ ANAYASAL DAYANAĞI VE POLİS VAZİFE VE SALÂHİYET KANUNU'NDAKİ YERİ

Polisin önleme araması yapma yetkisinin anayasal dayanağı bulunmaktadır. Arama Anayasa'nın "özel hayatın gizliliği" başlıklı 20'nci maddesinde düzenlenmiştir. Anayasa'ya göre (m.20/2) "*millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâkın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak, usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; kimsenin üstü, özel kâğıtları ve eşyası aranamaz... Yetkili merciin kararı yirmi dört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur...*".

Arama kararı alma yetkisinin hâkime verilmesi, hâkim dışında arama kararı alma (arama emri verme) yetkisini kullanabilecek merciin bu yetkisini ancak gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde kullanabilecek olması ve bu merciin kanunla belirlenmesi gereği aramaya muhatap olabilecekler bakımından anayasal güvence oluşturmaktadır. Zira Anayasa'da öngörülen usulün dışına çıkılması ve söz konusu merciler dışında kalan merci veya kişilerin de aramaya yetkili kılınması ancak bir anayasa değişikliği ile mümkün olacaktır.

Anayasa'nın "konut dokunulmazlığı" başlıklı 21'inci maddesinde de konuta girilmesi üzerine aramanın hâkim kararıyla, gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde ise kanunla yetki verilen merciin yazılı emriyle yapılabileceğine ilişkin bir hükme yer verilmiştir. Ancak bu hüküm kanaatimizce PVSK'da düzenlenmiş olan önleme aramasına dayanak teşkil etmemektedir. Çünkü polisin konutta önleme araması yapması yasaktır. PVSK'da (m.9/5) konut, polisin önleme araması yapamayacağı yerler arasında sayılmıştır²⁰.

²⁰ Aynı yönde görüş için bkz. Akdemir, s. 46; farklı yönde görüş için bkz. Zeliha Alpsöy, *Önleme Araması*, Adalet Yayınevi, 1. Baskı, 2019, s. 123.

PVSK'nın 9'uncu maddesi "önleme araması" başlığını taşımaktadır. 9'uncu maddede önleme araması kararı almaya yetkili mercilerin hangi merciler olduğu, önleme aramasına hangi amaçlarla karar verilebileceği, arama kararının içeriğine nelerin girdiği, önleme aramasının nerelerde yapılabilip nerelerde yapılamayacağı ve aramayla ilgili diğer hususlar düzenlenmiştir²¹. PVSK'nın önleme aramasında yetkiye ilişkin kısmı (m.9/1) şöyledir: "*Polis, tehlikenin veya suç işlenmesinin önlenmesi amacıyla usûlüne göre verilmiş sulh ceza hâkiminin kararı veya bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde mülkî âmirin vereceği yazılı emirle; kişilerin üstlerini, araçlarını, özel kâğıtlarını ve eşyasını arar...*". Düzenlemeden anlaşılacağı üzere Anayasa'da arama kararı alabileceği ifade edilen hâkim PVSK'da "sulh ceza hâkimi", gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde arama emri verebileceği (arama kararı alabileceği) ifade edilen merci ise "mülki amir" olarak belirlenmiştir.

PVSK'nın önleme araması başlıklı 9'uncu maddesi dışında, durdurma ve kimlik sorma başlıklı 4/A maddesi ile 22'nci maddesinin de önleme aramasına ilişkin hükümler içerdiğini söylemek mümkündür. PVSK'da önleme aramasına ilişkin temel düzenleme 9'uncu maddede yer aldığından bu başlık altında PVSK'nın diğer maddelerinde de önleme aramasına ilişkin düzenlemelerin var olduğunu söylemekle yetinilecektir. PVSK'nın gerek 4/A maddesine gerekse de 22'nci maddesine ilişkin detaylara çalışmanın ilerleyen bölümlerinde değinilecektir.

IV. ÖNLEME ARAMASI KARARI ALMAYA YETKİLİ OLANLAR

Önleme araması kararı alma yetkisi, kanunla kendisine bu yetki verilen kimseler tarafından kullanılabilir. Sulh ceza hâkimi, mülki amir, itiraz merci, kolluk amiri ve İçişleri Bakanı önleme araması yapılması yönünde karar alabilirler. Sayılanlar içerisinde sulh ceza hâkiminin kararı üzerine önleme araması yapılması kuraldır.

A. Sulh Ceza Hâkimi

Anayasa'da (m.20/2) arama kararının hâkim tarafından verileceği²²

²¹ PVSK dışında da önleme aramasına ilişkin hükümler içeren yasal düzenlemeler bulunmaktadır. Örnek olarak bkz. 2803 sayılı Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Kanunu m.15/A, 2692 sayılı Sahil Güvenlik Komutanlığı Kanunu Ek Madde 7, 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu m.9/3, 5442 sayılı İl İdaresi Kanunu Ek Madde 1, 6222 sayılı Sporda Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesine Dair Kanun m.12/3, 5253 sayılı Dernekler Kanunu m.20, 6114 sayılı Ölçme, Seçme ve Yerleştirme Merkezi Hizmetleri Hakkında Kanun m.9/5, 211 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu, m.56/A.

²² Arama için hâkim kararının gerekli görülmesinin polisi keyfi aramalardan uzak tutacağı

öngörölmüştür. Anayasa'ya göre "...*usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça... kimsenin üstü, özel kâğıtları ve eşyası aranamaz*" (m.20/2). Düzenlemede aramanın hâkim kararıyla yapılma gereği bakımından "adli arama-önleme araması" ayrımı yapılmamıştır. Dolayısıyla niteliğine bakılmaksızın tüm aramalarda hâkim kararı alınması gerekmektedir. İki arama bakımından da arama kararı almaya yetkili makamın hâkim olduğu, yetkiyi kullanacak makam bakımından "adli arama-önleme araması ayrımının" söz konusu olmadığı Anayasa Mahkemesi tarafından verilen bir kararda da ortaya konulmuştur. Anayasa Mahkemesi'ne göre "...*Anayasa'nın 20. maddesi... sadece adli aramalarda değil, özel yaşama müdahale oluşturan tüm aramalarda uygulanma olanağına sahiptir. Bu nedenle de madde ile öngörülen hâkim kararı güvencesinden önleme aramalarının istisna tutulduğu düşünülemez...*"²³.

PVSK'da sulh ceza hâkimi arama kararı vermeye yetkili hâkim olarak belirlenmiştir. PVSK'ya göre "*polis... usûlüne göre verilmiş sulh ceza hâkiminin kararı (yla)... kişilerin üstlerini, araçlarını, özel kâğıtlarını ve eşyasını arar...*" (m.9/1).

Gerek Anayasa'da gerekse de PVSK'da arama kararının hâkim tarafından alınacağıının öngörülmesiyle, aramaya muhatap olacaklar bakımından özel hayatın korunması gereğine ilişkin önemli bir güvence getirilmek istenmiştir. Anayasa Mahkemesi bir kararında aramanın hâkim kararıyla yapılmasının özel hayat üzerindeki olumlu etkisine değinmiştir. Mahkeme'ye göre "...*Anayasa'nın 20. maddesine göre, bir kişinin üstünün ve özel eşyasının aranması için hâkim kararı (alınması)... zorunluluğu (getirilmesi) ve özel sınırlama nedenlerinin varlığının şart kılınmasıyla, özel yaşam alanının korunması güçlendirilmiştir*"²⁴.

1. Sulh Ceza Hâkiminin Arama Kararı Alma Yetkisini Kullanabilmesi İçin Talepte Bulunulması

Sulh ceza hâkimi tarafından önleme araması kararı alınmadan önce polis tarafından bir arama talep yazısı hazırlanmalı²⁵ ve bu yazıda yer alan

ifade edilmektedir (Özbek/Bacaksız, s. 182).

²³ Anayasa Mahkemesi, 22/02/2006, Esas 2003/29, Karar 2006/24, Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası.

²⁴ Anayasa Mahkemesi, 22/02/2006, Esas 2003/29, Karar 2006/24, Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası.

²⁵ Açıkça ifade edilmese de arama talep yazısının içeriğinden bahsedilmek suretiyle bir arama

açıklamaları göz önünde bulunduracak olan mülki amir, arama yapılmasını gerekli görmesi hâlinde arama kararı alması talebiyle sulh ceza hâkimine başvurmalıdır. AÖAY'ye göre (m.20/1 ve m.20/2) “...aramanın yapılması önerilen yer ve zaman ile birlikte o yer mülki âmirine, gerekçeleri ile birlikte yazılı olarak iletilir”. “Yetkili merci, kolluğun talebini uygun bulursa, hâkimden arama kararı talep eder...”.

Mülki amir tarafından, arama kararı alınması yönündeki yazılı talep sulh ceza hâkimliğine sunulmadıkça hâkim arama kararı alma yetkisini kullanamaz. PVSK'da (m.9/1) polisin doğrudan sulh ceza hâkimliğine başvurarak arama kararı alınmasını talep edebileceği ve sulh ceza hâkiminin de böyle bir talep üzerine veya hiçbir talep olmaksızın, kendiliğinden arama kararı alabileceği öngörülmemiştir. Gecikmesinde sakınca bulunan bir hâl bulunması, buna rağmen mülki amirin arama kararı almaması (arama emri vermemesi) hâlinde bile, mülki amirden gelen bir talep olmaksızın sulh ceza hâkiminin arama kararı alması mümkün değildir. Polisin arama talebinin her hâlükârda yetkili merci olarak mülki amirin incelemesinden geçtikten sonra hâkim önüne götürülmesi gerekmektedir.

Mülki amir yaptığı incelemede, polisin hiyerarşik üstü (amiri)²⁶ olarak aramanın hukuka uygunluğu ve yerindeliği bakımından değerlendirmelerde bulunabilir. Zira hiyerarşi yetkisi kapsamında üst astın işlemlerini hem hukuka uygunluk hem de yerindelik bakımından denetleyebilir²⁷. Mülki amir polisin arama talebini hukuka uygun bulmazsa veya yerinde görmezse sulh ceza hâkiminden arama kararı alınması talebinde bulunmaz. AÖAY'ye de ifade edildiği üzere “yetkili merci (mülki amir) kolluğun talebini uygun bulursa, hâkimden arama kararı talep eder...” (m.20/2).

Sulh ceza hâkimi polisin veya mülki amirin hiyerarşik üstü (amiri) konumunda bulunmadığından mülki amire veya doğrudan polise arama kararı alınmasını gerektiren sebeplerin oluşup oluşmadığı yönünde araştırma yapma

talep yazısının var olması gerektiği PVSK'dan da anlaşılmaktadır. PVSK'ya göre (m.9/2) “arama talep yazısında, arama için makul sebeplerin oluştuğunun gerekçeleriyle birlikte gösterilmesi gerekir”.

²⁶ 5442 sayılı İl İdaresi Kanunu'na (İİK'ya) göre “vali, il sınırları içinde bulunan genel ve özel bütün kolluk kuvvet ve teşkilatının amiridir” (m.11/A). Ayrıca “kaymakam, ilçe sınırları içinde bulunan genel ve özel kolluk kuvvet ve teşkilatının amiridir” (m.32/A).

²⁷ Metin Günday, *İdare Hukuku*, 11. Baskı, İmaj Yayınevi, 2017, s. 84; Ali D. Ulusoy, *Türk İdare Hukuku*, 6. Baskı, Yetkin Yayınevi, 2023, s. 156; Bahtiyar Akyılmaz/ Murat Sezginer/ Cemil Kaya, *Türk İdare Hukuku*, 17. Baskı, Seçkin Yayınevi, 2023, s. 215; Ramazan Çağlayan, *İdare Hukuku Dersleri*, 11. Baskı, Adalet Yayınevi, 2023, s. 133.

ve sebeplerin oluşması hâlinde kendisine arama talebiyle başvurulmasını emretme yetkisine de sahip değildir. Bununla beraber sulh ceza hâkiminden farklı olarak mülki amir kolluk teşkilatının amiri olarak polise önleme araması yapılmasının gerekli olup olmadığına ilişkin bir araştırma yapmasını emredebilir. Mülki amirin de polis tarafından arama yapılması yönünde teklifte bulunulmadan (mülki amirliğe arama talep yazısı sunulmadan) arama kararı alması veya arama talebiyle sulh ceza hâkimliğine başvurusu mümkün değildir²⁸.

Mülki amirin arama için hâkimden talepte bulunmasının gerekli olması eleştirilmektedir. Arama ile ilgili olarak mülki amirinin görüşünün alınmasının kabul edilebilir olduğu, ancak aramanın yapılmasında takdir yetkisine sahip bulunmasının doğru olmadığı, mülki amirin arama yapılmasını gerektiren bir hâl bulunmadığı kanaatinde olsa bile kolluğun aramaya yönelik başvurusunu arama kararı verme yetkisi bulunan sulh ceza hâkimine sunması gerektiği ifade edilmektedir²⁹. Biz aynı düşünceye sahip değiliz. İİK'ya göre ilde valinin, ilçede ise kaymakamın genel kolluğun ve dolayısıyla genel kolluğun bir parçası olan polisin amiri konumunda bulunması, kamu düzenini korumakla yükümlü olması ve buna bağlı olarak da kolluk yetkisine sahip olması³⁰ vali ve kaymakamın önleme araması için hâkimden talepte bulunma gereğini garipsenecek bir durum olmaktan çıkarmaktadır. Önleme araması özel hayatın gizliliğine yönelik ağır bir müdahale teşkil etmektedir. Dolayısıyla böyle bir faaliyetin gerçekleştirilmesinin hukuka uygunluğunun ve yerindeliğinin mülki amir tarafından incelendikten sonra hâkime sunulması gereklidir. Polisin hazırlayacağı arama talebi yazısının hâkime sunulmadan önce mülki amir tarafından incelenecek olmasının aramanın yapılmasında gecikmelere sebep olacağı düşünülebilir. Ancak çalışmamızın ilerleyen kısımlarında değineceğimiz üzere önleme aramasına konu olabilecek faaliyetlerin esas itibarıyla icra edilmek istenildiği tarihten kısa süre önce yapılmasına karar verilen faaliyetler olmaması aramada gecikmenin ortaya çıkma ihtimalini

²⁸ AÖAY'ye göre (m.20/1) "...önleme aramalarında işlemin yapılacağı kanunda belirtilen umumî ve umuma açık yerlerde makul sebeplerin oluştuğunu ve millî güvenlik ve kamu düzeninin, genel sağlık ve genel ahlâkın veya başkalarının hak ve hürriyetlerinin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, taşınması veya bulundurulması yasak olan her türlü silâh, patlayıcı madde veya eşyanın tespiti amacının ortaya çıktığını ve tehlikenin oluştuğunu gösteren belirlemeler; kolluk tarafından önceden tespit edilir ve aramanın yapılması önerilen yer ve zaman ile birlikte o yer mülki âmirine, gerekçeleri ile birlikte yazılı olarak iletilir".

²⁹ Yıldız, s. 256.

³⁰ Bkz. İİK, m.11, m.32.

zayıflatmaktadır. İdarenin kendi iç yapısı içerisinde polisin arama talebini mülki amire iletmesi ve mülki amirin aramaya ilişkin kararını vermesi veya hâkime sunması karar alma sürecinin hızlandırılmasına yönelik bir mekanizmanın kurulması aramada gecikme ihtimalini ortadan kaldırır.

2. Sulh Ceza Hâkimi Tarafından Alınan Arama Kararının Hukuki Niteliği

Kamu düzeninin korunması ve suç işlenmesinin önlenmesi amacıyla yapıyor olması sebebiyle idari bir yetki olduğu düşünülebilecek olan önleme araması kararı alma yetkisi idareye değil yargı merciine verilmiştir. İdari bir yetkinin yargı merci tarafından kullanılmasının bu yetkiye dayalı olarak alınan kararın idariliğini etkileyip etkilemediğini, kararın yargı yeri tarafından alınmasının arama kararının yargısal bir karar olarak kabul edilmesine sebep olup olmayacağını tartışmakta yarar görülmektedir.

Doktrinde hâkim görüş önleme araması kararının hâkim tarafından alınmasının aramayı idari işlem olmaktan çıkarmayacağı yönündedir³¹. Önleme aramasının idari işlem niteliğinde olduğunu düşünen yazarlardan bazıları bu görüşlerini ayrıca gerekçelendirmeksizin önleme aramasının idari nitelikte olduğunu ifade etmekle yetinmektedir³². Bazıları ise görüşlerinin gerekçelerini detaylı biçimde ortaya koymaktadır. Gözler, Anayasa'nın çeşitli maddelerinde temel hak ve hürriyetlere müdahalede bulunmadan önce hâkim kararı alınmasına, gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde yetkili merciin kararının hâkim onayına sunulmasına yönelik düzenlemelerin olduğundan söz etmiş, aramanın düzenlendiği Anayasa'nın 20'nci maddesinde yer alan düzenlemeyi temel hak ve hürriyetlere hâkim veya kanunla yetkilendirilmiş merci kararıyla müdahale edilebileceğini öngören düzenlemeler arasında göstermiştir. Gözler'e göre hâkim kararı almanın gerekli olduğu hâllerde hâkim tarafından alınan karar, ortada bir hukuki uyuşmazlık, hukuka aykırılık iddiası olmadığından, iddia, tespit ve müeyyide bulunmadığından yargı kararı değildir. Böyle bir karar idari karardır. Karar alma yetkisinin idareye

³¹ Önleme aramasını "idari arama" olarak adlandıran yazarlar bulunmaktadır (Sevi Bakım, "Arama", *Legal Hukuk Dergisi*, 14(164), 2016, s. 4187; Cumhuriyet Şahin, "Adli Aramaya ve Önleme Aramasına Dair Bazı Tespit ve Değerlendirmeler" *Yargıtay Dergisi*, (44)3, 2018, s. 435. Ayrıca bkz. Ahmet Kılıç, "Üst ve Eşya Aramasına İlişkin Düzenlemelerin Anayasa'ya Uygunluğu", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, (56), Ekim 2023, s. 404; Murat Aydın, *Arama ve El Koyma*, 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, 2012, s. 99; Hüsnü Aldemir, *Adli-Önleme Arama ve El Koyma*, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, 2018, s. 211).

³² Feridun Yenisey, *Kolluk Hukuku*, 2. Baskı, Beta Yayınevi, 2015, s. 282; Cumhuriyet Şahin, s. 436; Merve Şahin, s. 84-85; Bakım, s. 4189; Gümüştay, s. 73.

verilmemesinin sebebi, kişilerin temel hak ve hürriyetlerini idareye karşı korumaktır. Zira temel hak ve hürriyetlere müdahalede bulunma yetkisi tanınan hâkimler bağımsız ve teminatlıdır³³. Aldemir'e göre önleme araması suç işlenmeden önce yapılmakta olup, yargısal işlem değildir. Arama kararının hâkim tarafından alınması bu kararın idari yapısında bir değişiklik meydana getirmemektedir. Hâkim kararının şart koşulmasıyla önleme aramasına yargı teminatı getirilmiştir³⁴. Aydın'a göre önleme aramasının suç işlenmeden önce yapılıyor olması nedeniyle bu kararı alma yetkisinin aslında idari mercilere ait olması gerekmektedir. Arama kararı alma yetkisinin hâkime verilmesiyle aramayla müdahalede bulunulan hakların korunmasına verilen önem gösterilmek istenmiştir. Yazar'a göre hâkim kararı şartı yargı teminatı sağlamak için kabul edilmiş olup, aramanın hâkim kararıyla yapılması aramayı yargısal bir işlem hâline getirmemektedir³⁵.

Yargılama faaliyeti (yargı fonksiyonu), hukuki uyumsuzlukların ve hukuka aykırılık savlarının bağımsız mahkemeler tarafından, kesinlik arz edecek şekilde çözüme kavuşturulması ve karara bağlanması olarak ifade edilmektedir³⁶. Yargılama faaliyetinde yargı organı bazen belirli bir mahkemeyi, bazen tüm mahkemeleri ve adalet teşkilatını, bazen de bir hâkimi karşılamaktadır³⁷. Yargı organı olan bağımsız mahkemeler hâkim statüsünde olan kişilerden oluşmaktadır³⁸. Bağımsız mahkemeler tarafından verilen kararların kapsamına tek bir hâkim (örneğin sulh ceza hâkimi) tarafından verilen kararlar da girmektedir.

Hâkim tarafından önleme aramasına ilişkin karar alınmadan önce bir hukuki uyumsuzluk ve bir hukuka aykırılık iddiası bulunmamaktadır; fakat önleme araması kararı bağımsız ve tarafsız yargı merci³⁹ olan sulh ceza

³³ Kemal Gözler, *İdare Hukuku Cilt 1*, 3. Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2019, s. 742-743.

³⁴ Aldemir, s. 212.

³⁵ Aydın, s. 99-100. Aynı yönde görüş olarak bkz. Fatih Güven, *Önleyici Güvenlik Hizmeti Olarak Polisin Kimlik Sorma ve Önleme Arama Yetkisi*, Yüksek Lisans Tezi, Gaziantep Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2014, s. 68.

³⁶ Kemal Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, 2. Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2018, s. 965; Bülent Tanör/Necmi Yüzbaşıoğlu, *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, 17. Baskı, Beta Yayınevi, 2018, s. 476.

³⁷ Bülent Yavuz, *Türkiye'de Yargı Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı*, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, 2012, s. 8.

³⁸ Çağlayan, s. 68.

³⁹ Anayasa'ya göre (m.9) "yargı yetkisi, Türk Milleti adına bağımsız ve tarafsız mahkemelerce kullanılır". Yine Anayasa'ya göre (m.138) "hâkimler; görevlerinde bağımsızdırlar;

hâkimliği tarafından alınmaktadır. Önleme araması kararının organik anlamda idare⁴⁰ kapsamında yer almayan bir organ (hâkim) tarafından, bağımsızlık ve tarafsızlık esasına göre alınması sebebiyle önleme araması kararı yargısal faaliyet olarak kabul edilmeye daha müsaittir⁴¹. Yargı fonksiyonunun yürütme (idare) fonksiyonundan ayrılmasında en önemli ölçütün yargının bağımsızlığı ve tarafsızlığı olduğu belirtilmektedir⁴². Dolayısıyla yargı yeri tarafından, bağımsızlık ve tarafsızlık esasını doğrultusunda alınan kararın bir hukuki uyumsuzluğun çözümüne ilişkin olmasa da yargısal karar olduğu yönünde bir değerlendirmede bulunulabilir.

Önleme araması kararını yargı kararı olarak değerlendirmemiz yargı organınca gerçekleştirilen her faaliyeti yargısal faaliyet kapsamında gördüğümüz anlamına gelmemektedir. Zira yargı organı bazı faaliyetlerinde işlevsel anlamda idare⁴³ kapsamında yer almakta olup, işlevsel anlamda idarenin bir parçası olduğu işlemlerinde yargılama faaliyetinde bulunmamaktadır⁴⁴. Örneğin yargı organında görev yapmak üzere personel atanması, personelin terfi, disiplin, izin ve emeklilik işlemleri yargısal değil idari işlemlerdir⁴⁵. Yargı organı bu faaliyetlerinde bir hukuki uyumsuzluğu çözüme kavuşturmamaktadır. Ayrıca söz konusu faaliyetlerin yerine getirilmesinin yargı organının bağımsızlık ve

Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdanı kanaatlerine göre hüküm verirler". Anayasa'ya göre (m.140/2) "hâkimler, mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esaslarına göre görev ifa ederler".

⁴⁰ Organik anlamda idare ile ilgili olarak bkz. Gözler, s. 33-39; Çağlayan, s. 66-67.

⁴¹ Önleme aramasının özü itibarıyla idari işlem olduğu ancak hâkim kararıyla yapılmasının önleme aramasına adli bir boyut kazandırdığı belirtilmektedir (Bilen, s. 15).

⁴² Erdoğan Teziç, *Anayasa Hukuku*, 21. Baskı, Beta Yayınevi, 2017, s. 470.

⁴³ İdarenin devlet organları içerisindeki yerinin belirlenmesinde dikkate alınan kavramlardan birisi organik anlamda idarenin kapsamına yargı organı girmemektedir. Bununla beraber diğer bir kavram olarak işlevsel anlamda idarenin kapsamına yargı organı da girebilmektedir. İşlevsel anlamda idare bakımından bir faaliyetin hangi organ tarafından yapıldığının bir önemi yoktur. Önemli olan idari nitelikte bir faaliyette bulunulmasıdır. Hükümet işleri dışındaki faaliyetleri itibarıyla Cumhurbaşkanı ve idare, yasama faaliyetleri dışındaki faaliyetleri bakımından TBMM, yargılama faaliyetleri dışındaki faaliyetleri bakımından yargı organı ve kamu gücü ayrıcalıklarını kullanan özel hukuk kişileri işlevsel anlamda idareyi oluşturmaktadır (Açıklamaların dayanağı olarak bkz. Çağlayan, s. 66-71). İşlevsel anlamda idare, fonksiyonel anlamda idare olarak da ifade edilebilir. Fonksiyonel anlamda idarenin kapsamına yalnızca yürütme organı girmez. Yasama ve yargı organları da idari fonksiyon niteliğine sahip faaliyetleri bakımından idari bir makam olarak kabul edilirler (Ulusoy, s. 41).

⁴⁴ Çağlayan, s. 70.

⁴⁵ Çağlayan, s. 70.

tarafsızlık esaslarına göre hareket etmesi gereğiyle ilgisi bulunmamaktadır. Bunlar yargı organının geniş anlamda kamu hizmetleri kapsamında yer alan adalet hizmetinin⁴⁶ sunulması için gerçekleştirdiği faaliyetler olup, idari niteliktedir.

Yargı fonksiyonu (gücü) yalnızca kişiler arasındaki hukuki uyuşmazlıkları çözüme bağlama faaliyetiyle sınırlı olmayıp, yürütmenin (idarenin) denetlenmesi ve hukuka uygunluğunun sağlanması da yargı fonksiyonu (gücü) kapsamında yer almaktadır⁴⁷. İdarenin hukuka uygunluğunun sağlanması için mutlaka bir hukuki uyuşmazlık çıkması ve bu uyuşmazlığın yargı yerine önüne götürülmesi şart değildir. İdarenin hukuka uygun bir faaliyette bulunması gereğine ilişkin inceleme görevinin yargı organına verilmesi de yargı kararının varlığını kabul etmek için yeterli görülmelidir.

Sulh ceza hâkimi tarafından verilen önleme araması kararı idari bir karar olarak kabul edildiğinde, arama kararının yargısal denetiminin idari yargı yeri tarafından yapılması gerekecektir. Sulh ceza hâkimi tarafından verilen arama kararının yargısal denetiminin idari yargı tarafından yapılacak olması işlevsiz bir yargısal denetime sebebiyet verebilecektir. Zira idari yargı yeri tarafından yapılan yargısal denetim tamamlanıncaya kadar muhtemelen arama sona ermiş olacak, kararın hukuka aykırı bulunması üzerine yargı yerince verilecek iptal kararı arama faaliyeti (aramanın icrası) üzerinde bir etki meydana getirmeyecektir.

Sulh ceza hâkiminin arama kararının idari nitelikte kabul edilmesi bu karara karşı CMK gereğince itirazda bulunulmasına da engel teşkil edecektir. CMK'daki sulh ceza hâkimliği kararına itiraza ilişkin hükümler⁴⁸ sulh ceza hâkimliğinin “yargı merci olarak” verdiği kararlara ilişkindir. Zira CMK ile “ceza yargılaması (ceza muhakemesi)” düzenlenmiştir. CMK'nın “kanunun kapsamı” başlıklı 1'inci maddesine göre “*bu Kanun, ceza muhakemesinin nasıl yapılacağı hususundaki kurallar ile bu sürece katılan kişilerin hak, yetki ve yükümlülüklerini düzenler*”.

Önleme araması kararının yargısal nitelikte karar olarak kabul edilmesi

⁴⁶ Geniş anlamda kamu hizmeti idari faaliyetin konusunu oluşturmakta olup (Akyılmaz/Sezginer/Kaya, s. 33), adalet hizmeti, devletin tekelinde olan kamu hizmetleri arasında yer almaktadır (Akyılmaz/Sezginer/Kaya, s. 598).

⁴⁷ Gülşen Kaçar Kızıler, *Hukuk Devleti Anlayışında Yargı Erkinin Olan ve Olması Gereken Konumu*, Yüksek Lisans Tezi, Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2010, s. 94.

⁴⁸ İtiraza ilişkin olarak bkz. CMK, m. 267-271.

gerektiği görüşümüzü önleme araması kararı alınmasına benzerlik göstermesi itibariyle özel hukukta çekişmesiz yargı⁴⁹ işlerinin yargı kararı olarak kabul edilmesi üzerinden de açıklamamız mümkündür. Yargısal faaliyetin yalnızca hukuki uyumsuzlukları karara bağlamaktan ibaret olmadığı, hâkimin taraflar arasında hukuki uyumsuzluk bulunmayan hâllerde de hüküm verdiği, çekişmesiz yargının hem organik hem maddi anlamda yargısal faaliyet olduğu ifade edilmektedir⁵⁰. Çekişmesiz yargıda dava ve (kural olarak) maddi anlamda kesin hüküm bulunmamakla beraber⁵¹ hâkim bağımsız olarak karar vermektedir⁵². Çekişmesiz yargı ile özel hukuk alanındaki ilişkilere karşı henüz gerçekleşmemiş, fakat gelecekte gerçekleşme ihtimali bulunan saldırıların önüne geçilmeye çalışılmaktadır⁵³.

Çekişmesiz yargı işlerinde olduğu gibi önleme araması kararının alınmasında da yargı yeri önüne götürülmüş hukuki uyumsuzluk bulunmamaktadır. Mülki amirin arama talebini sulh ceza hâkimine sunması bir hukuki uyumsuzluğun çözümüne yönelik olarak dava açılması anlamına gelmemektedir. Hâkim önleme araması kararını bağımsız olarak almakta, bu kararla bir bakıma önleme araması yapılmakla ihlal edilme ihtimali bulunan özel hayatın gizliliği karşısında henüz böyle bir ihlal gerçekleşmeden önlem alınmaktadır. Gösterdiği benzerlikler göz önünde bulundurulduğunda çekişmesiz yargı, yargılama faaliyeti olarak kabul edildiğine göre önleme araması kararının da yargısal faaliyet olarak kabul edilmesi, önleme araması kararı alınmasının yargı yetkisinin kullanımı olarak görülmesi gerekmektedir.

3. Arama Kararı Alma Yetkisinin Hâkime Verilmesine Yönelik Eleştiriler

Önleme aramasının kural olarak hâkim kararıyla yapılması aramaya muhatap olacaklar bakımından güvenceli bir durum oluşturmakla beraber arama kararı alma yetkisinin hâkime verilmesi eleştirilmektedir. Çamlıbel, işlenmiş bir suç olmadığı hâlde hâkime önleme araması kararı alma yetkisi tanınmasının kuvvetler ayrılığı ilkesiyle bağdaşmadığını belirtmekte, il ve ilçelerde kamu düzenini sağlamakla görevli olan mülki amirlerin böylesine

⁴⁹ Çekişmeli yargı ile çekişmesiz yargı, medeni yargılama hukukunun alt türleridir (Murat Uyumaz, *Noterlerin Çekişmesiz Yargı İşleri*, 1. Baskı, Yetkin Yayınevi, 2022, s. 43).

⁵⁰ Baki Kuru, *Nizasız Kaza*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1961, s. 10.

⁵¹ Uyumaz, s. 42.

⁵² Kuru, s. 11.

⁵³ Kuru, s. 28.

temel bir yetkiyi kullanamamalarını, arama yapılması için hâkimden karar almanın gerekli olmasını izah edilemez bulmaktadır⁵⁴. Gündoğan/Koç/Özbudak önleme araması kararı alma yetkisinin hâkime verilmesinin kuvvetler ayrılığı ilkesiyle çeliştiğini öne sürmekte, kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi ile hak ve özgürlüklerin korunması faaliyetlerinin idarenin görev ve yetki alanında olduğunu, ancak söz konusu faaliyetler sırasında ihtiyaç duyulan bazı yetkilerin kullanımının yargı fonksiyonu kapsamında yer alan hâkim kararına bağlı tutulduğunu belirtmektedir⁵⁵. Gümüşay da somut bir suç veya suç şüphesi bulunmadığı hâlde hâkim kararıyla önleme araması yapılabildiğini belirtmekte ve bunun anlamsız olduğunu ileri sürmektedir. Yazar kamu bakımından tehlike arz edecek olan yerleri ve makul sebepleri idari mercilerin adli mercilerden daha isabetli bir şekilde belirleyebileceğini ifade etmektedir⁵⁶. Kılıç, İİK ile (m.11 ve m.32) ilde valiye ilçede kaymakama verilen “suç işlenmesini önleme, kamu düzen ve güvenini korumak için gerekli tedbirleri al(ma)” görevlerinin adli bir tarafı bulunmadığını, bunların tamamen idari nitelikte faaliyetler olduğunu, dolayısıyla hâkim tarafından arama kararı alınacağını öngörülmesinin kuvvetler ayrılığı ilkesiyle çeliştiğini ifade etmektedir⁵⁷. Son olarak görüşüne yer vereceğimiz üzere Güven, idari işlem niteliğinde olan önleme aramasında arama kararı alma yetkisinin suçu önleme ve kamu düzenini sağlama sorumluluğu bulunan, kolluğun en üst amirine (emniyet müdürüne) verilmesinin yerinde olacağını öne sürmektedir⁵⁸.

Kuvvetler ayrılığı ilkesi, devlet fonksiyonlarının yasama fonksiyonu, yürütme fonksiyonu ve yargı fonksiyonu şeklinde ayrıma tabi tutulmasını, bu fonksiyonlardan her birinin farklı organlar tarafından yerine getirilmesini öngören ilke olarak tanımlanabilir. Bu ilkenin benimsenmesiyle amaçlanan, organlar arasında bir denge sağlayarak bunların birbirleri üzerinde baskı oluşturmalarına engel olmak ve fonksiyonların birbirleri üzerinde denetim

⁵⁴ Cemil Çamlıbel, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Ülkemizde Arama Hukuku”, *Polis Dergisi*, (36), 2003, s. 328.

⁵⁵ Kadir Gündoğan/ Cihan Koç/ Coşkun Özbudak, *Kolluğun Önleyici ve Adli Görevleri*, 8. Baskı, Sözkesen Matbaası, 2013, s. 146.

⁵⁶ Gümüşay, s. 68.

⁵⁷ Ergin Kılıç, *Türk Hukukunda Adli ve İdari Aramalar*, Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2004, <<https://dspace.ankara.edu.tr/items/5c122a96-83dc-42a1-a147-7c126ba199a0>>, Erişim Tarihi 1 Kasım 2023, s. 111. Kılıç’ın atıfta bulunulan tez çalışmasının içerisinde sayfa numaralarına yer verilmediğinden sayfa numaraları tahmine dayalı olarak belirlenmek zorunda kalmıştır.

⁵⁸ Güven, s. 122.

işlevi görmesini sağlamaktır⁵⁹.

Yargı bağımsızlığının kuvvetler ayrılığı ilkesiyle güçlü bir bağı bulunmaktadır⁶⁰. Yargı organının diğer organlar karşısında bağımsız olması geçmişte olduğu gibi günümüzde de önem arz etmektedir⁶¹. Yargının fonksiyonel olarak yasama ve yürütmeden ayrılmasının kuvvetler ayrılığı kavramıyla ifade edildiği belirtilmektedir⁶². Bu ifadeyi göz önünde bulundurduğumuzda kuvvetler ayrılığında en önemli hususun yargının diğer organlar karşısında bağımsızlığı olduğunu söyleyebiliriz. Nitekim kuvvetler ayrılığı ilkesinin çağdaş anlamda uygulanmasında yasama ile yürütmenin birbirinden ayrılmasından ziyade yargı organının yasama ve yürütme karşısında bağımsızlığının ön plana çıktığı⁶³, devlet kudretine sınırlama getirilmesi ve hürriyetlerin etkin biçimde korunması için yargının özellikle yürütme organı karşısında bağımsızlığının sağlanması gerektiği ifade edilmektedir⁶⁴. Kuvvetler ayrılığı ilkesi ile alâkalı olarak yasamanın ve yürütmenin siyasi yönlerinin de bulunmasının ve yürütmenin kişiler karşısında çok güçlü bir konumda yer almasının⁶⁵ da dikkatten kaçırılmaması gerekmektedir. Tüm demokratik ülkelerde yargı organının siyasallık özelliğine sahip yasama ve yürütme organları karşısında bağımsızlığı esasının benimsendiği belirtilmektedir⁶⁶.

Kuvvetler ayrılığı ilkesinin benimsenmesinin temelinde kişi hak ve hürriyetlerinin güvence altına alınması düşüncesi yatmaktadır⁶⁷. Bu ilkenin uygulanmasında bağımsız yargının görev alanının kişi hürriyetlerini koruma gayesiyle bazı hâllerde, siyasi yönü de bulunan yürütme aleyhine genişletilmesi yürütmeyi güçsüz hâle getirmeyecektir. Zaten çok geniş bir alanda faaliyette bulunan yürütmenin (idarenin) kişi hürriyetini kısıtlayan bazı

⁵⁹ Bahtiyar Akyılmaz, "Tarihi Gelişim İçinde ve Özellikle Montesquieu'de Kuvvetler Ayrılığı", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1995, s. 44.

⁶⁰ Yavuz, s. 13.

⁶¹ Akyılmaz, s. 44.

⁶² Hasan Tahsin Fendoğlu, *Türk Anayasa Hukukunda Yargının Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı*, Yetkin Yayınevi, 2010, s. 94.

⁶³ Cüneyt Uyar, *Kuvvetler Ayrılığı İlkesi Açısından Yürütme ve İdari Yargı*, Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2011, s. 53.

⁶⁴ Uyar, s. 54.

⁶⁵ M. Fatih Çınar, "Kuvvetler Ayrılığı İlkesi ve Anayasa Mahkemesinin Yorumu (Karşılaştırmalı Anayasa İncelemesi)", *IBAD Sosyal Bilimler Dergisi*, (5), 2019, s. 94.

⁶⁶ Tanör/ Yüzbaşıoğlu, s. 476.

⁶⁷ Uyar, s. 42.

yetkilerinin, hürriyetlerin güvence altına alınması adına, kuvvetler ayrılığı ilkesinin uygulanmasında çok önemli bir yere sahip olan bağımsız yargıya verilmesiyle yürütmenin faaliyet alanında önemli düzeyde bir daralma meydana gelmeyecek, kuvvetler ayrılığı ilkesi ihlal edilmiş olmayacaktır. O hâlde kanun koyucunun tehlikenin önlenmesi veya suçun önüne geçilmesi amacıyla yönelik olması sebebiyle idareye verilmesi beklenen bir yetkiyi yargı organına vermesinde kuvvetler ayrılığı ilkesi bakımından sakınca bulunmamaktadır.

Önleme araması kararı hâkim tarafından alınmakla beraber idare tarafından hazırlanan arama talep yazısı, arama yapma gereğinin ortaya çıktığına yönelik tespitleri içermesi itibarıyla hâkimin vereceği kararda (arama yetkisini kullanımında) önemli bir etkiye sahiptir. Buna göre arama kararının alınmasında idarenin iradesinin dikkate alınmadığı, idarenin hiçbir rolünün olmadığı, arama kararının salt hâkimin değerlendirmelerine dayalı olarak alındığı söylenemeyecektir. Bu da arama kararının hâkim tarafından verilmesinin kuvvetler ayrılığı ilkesine aykırılık arz etmemesi bakımından göz önünde bulundurulması gereken bir durumdur.

Arama kararının hâkim tarafından verilecek olması bu kararın hukuka uygunluğuna dair incelemenin kendisinden beklenen neticeyi gecikmeksizin meydana getirmesi bakımından da önemlidir. Arama kararı alma yetkisi kural olarak hâkime değil de idareye tanınsaydı idarece verilen arama kararı üzerine derhâl aramaya başlanacak, bu kararın hukuka aykırı olduğu gerekçesiyle idari yargı yerince iptal edilmesine kadar aramaya devam edilebilecekti. Doğrudan arama kararını alma yetkisinin hâkime verilmesiyle henüz arama yapılmadan aramanın hukuka uygunluğuna yönelik incelemenin yargı yeri tarafından yapılması sağlanmaktadır. Böylece hukuka aykırı bir aramanın önüne geçilebilmesi mümkün olmaktadır. Bunun kuvvetler ayrılığı ilkesini ihlal eden bir tarafı bulunmamaktadır.

B. Mülki Amir

Anayasa'ya göre (m.20) arama kuralı olarak hâkim kararıyla yapılabilecek olmakla beraber gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde, kanunla arama kararı almaya yetkili kılınmış merciin yazılı emriyle de arama yapılabilmektedir. PYSK'da (m.9/1) mülki amir gecikmede sakınca bulunan hâllerde önleme araması kararı almaya (arama emri vermeye) yetkili merci olarak belirlenmiştir.

Anayasa'da gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde yetkili merciin ve PYSK'da (m.9/1) da mülki amirin "emriyle" arama yapılabileceği ifade

edilmekle beraber Anayasa'da bunun yetkili merciin “kararıyla”, PVSK'da da mülki amirin “kararıyla” arama yapılabileceği şeklinde ifade edilmesi daha doğru olurdu. Zira emirden önce karar alınır ve emirle muhatabından kararın gereğini yerine getirmesi istenir⁶⁸. Karar bir idari işlem olmakla beraber emir bir idari işlem değildir. Emir kararın yerine getirilmesini sağlamaya yönelik bir vasıttır. Dolayısıyla çalışmamızda mümkün olduğunca yetkili merciin/mülki amirin “kararıyla” arama ifadesini kullanmayı tercih etmekteyiz⁶⁹.

Polis arama talep yazısıyla mülki amire başvurarak onu arama kararı alınmasına ilişkin olarak harekete geçirir. PVSK'da arama kararı ve arama emrinin yanında bir de arama talep yazısının varlığından ve bunun hangi unsurları içermesi gerektiğinden bahsedilmiş⁷⁰, ancak bunun polis tarafından hazırlanarak mülki amire sunulacağından söz edilmemiştir. Bununla birlikte bu yazının kolluk tarafından hazırlanarak mülki amire sunulacağı AÖAY'de açıkça gösterilmiştir. AÖAY'ye göre (m.20/1)“...önleme aramalarında işlemin yapılacağı kanunda belirtilen umumî ve umuma açık yerlerde makul sebeplerin oluştuğunu ve millî güvenlik ve kamu düzeninin, genel sağlık ve genel ahlâkın veya başkalarının hak ve hürriyetlerinin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, taşınması veya bulundurulması yasak olan her türlü silâh, patlayıcı madde veya eşyanın tespiti amacının ortaya çıktığını ve tehlikenin oluştuğunu gösteren belirlemeler, kolluk tarafından önceden tespit edilir ve aramanın yapılması önerilen yer ve zaman ile birlikte o yer mülkî âmirine, gerekçeleri ile birlikte yazılı olarak iletilir”.

PVSK'da (m.9/1) önleme araması kararı alma yetkisinin kural olarak sulh ceza hâkimine ait olduğu, mülki amirin gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde arama kararı alabileceği öngörülmüştür. Gecikmesinde sakınca bulunan bir hâlin bulunup bulunmadığına, dolayısıyla hâkim kararı alınmadan, doğrudan kendisi tarafından arama kararı verme şartlarının oluşup olmadığına polisin amiri konumunda bulunan mülki amirin karar vermesi gerekmektedir⁷¹. Bu, mülki amirin hiyerarşik amir olmasının bir sonucudur.

⁶⁸ Türk Dil Kurumu Sözlüğünde emir “belirli bir davranışta bulunmaya zorlayıcı söz; buyruk, buyuru, ferman, irade, istek”, emretmek de “bir şeyin yapılmasını veya yapılmamasını kesin olarak söylemek; buyurmak, emreylemek” olarak tanımlanmıştır (Türk Dil Kurumu Sözlüğü, <<https://sozluk.gov.tr/>>, Erişim Tarihi 4 Aralık 2023).

⁶⁹ Farklı yönde görüş için bkz. Sultan Üzeltürk, 1982 Anayasası ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesine Göre Özel Hayatın Gizliliği Hakkı, 1. Baskı, Beta Yayınevi, 2004, s. 95.

⁷⁰ Bkz. PVSK, m.9/2 ve m.9/3.

⁷¹ Bununla beraber arama yapılması gerektiğine yönelik belirlemeler önceden polis tarafından

Mülki amirin gecikmesinde sakınca bulunan bir hâl bulunup bulunmadığını değerlendirme gereği AÖAY’de düzenlenmiştir. AÖAY’ye göre (m.20/2) “yetkili merci, kolluğun talebini uygun bulursa, hâkimden arama kararı talep eder; ancak gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde yazılı arama emri verir”. Buna göre yetkili merci olarak mülki amir polisin talebi üzerine, arama bakımından gecikmede sakınca bulunuyorsa (aramanın vakit kaybetmeksizin gerçekleştirilmesi gerekiyorsa) bizzat kendisi arama kararı alır ve polise arama yapmasını emreder. Mülki amir, arama yapılması gerekmeyle beraber hâkimin arama kararını beklemenin gecikmeye neden olmayacağını düşünüyorsa sulh ceza hâkiminden arama kararı almasını talep eder. PVSŞ’da ve AÖAY’da yazılı olmasa da mülki amirin hiyerarşi yetkisinin (hiyerarşik amir olmasının) bir sonucu olarak polisin arama talebini uygun görmeyerek talebe ilişkin değişiklikler yapması da mümkündür⁷². Talebe ilişkin değişiklikler yapılması hâlinde mülki amirce uygun görülen değişiklikler doğrultusunda arama kararı alınacak ve arama gerçekleştirilecektir.

1. Mülki Amirden Anlaşılması Gereken

Gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde arama kararı alabilecek olan mülki amir ilde vali, ilçede ise kaymakamdır. Arama yetkisini kullanacak olan mülki amirden kimlerin anlaşılması gerektiğine AÖAY’de değinilmiştir. Yönetmeliğe göre (m.4) mülki amir “*illerde vali veya bu konuda yetkilendirdiği yardımcısını, ilçelerde kaymakamı*” ifade etmektedir. Yönetmelikte arama kararı alabilecek olanlar içerisinde sayılan vali yardımcısından İİK’da bahsi geçen vali muavinini anlamak gerekmektedir⁷³. İİK’ya göre (m.5) “*illerde, valilerin tayin ve tespit ettiği işlerde yardımcılığını ve valinin bulunmadığı zamanlarda vekilliğini yapmak üzere vali muavinleri bulunur...*”. Buna göre valinin vekil bıraktığı vali muavinini de, vekâleten görevli olduğu süre zarfında arama kararı alabilecek, arama kararı alınmasına ilişkin olarak valiye yardımcı olabilecektir.

Önleme araması kararı alma yetkisinin hangi durumlarda vali, hangi

yapılacağından ve polisin arama talep yazısıyla mülki amire başvurması gerekeceğinden polisin hâkimden arama kararı alınmasının gecikmeye sebep olacağına ilişkin tespitleriyle mülki amiri yönlendirmesi gerekecektir.

⁷² Hiyerarşi ilişkisinde amirin sahip olduğu yetkiler ile ilgili olarak bkz. Akyılmaz/Sezginer/Kaya, s. 211-216; Çağlayan, s. 133-134.

⁷³ Muavin, sözlük anlamı itibarıyla “yardımcı”, “bir görevlinin, bir yöneticinin işine yardım eden, yokluğunda yerini ve yetkilerini üzerine alan kimse” demektir (Türk Dil Kurumu Sözlüğü, <<https://sozluk.gov.tr/>>, Erişim Tarihi 25 Aralık 2023).

durumlarda kaymakam tarafından verileceğine ilişkin olarak tereddüde düşülmesi mümkündür. Zira vali ile kaymakamın aynı coğrafi alanda görevli ve yetkili olduğu hâller bulunmaktadır. Başında valilerin olduğu iller⁷⁴ ile başında kaymakamların bulunduğu⁷⁵ ilçelerin aynı coğrafi alanda yer almaları illerin bünyesinde ilçeleri bulundurmasından kaynaklanmaktadır. İİK'ya göre (m.1) “...*iller ilçelere... bölünmüştür*”. İlçeler, illerin coğrafi bakımdan bölünmesiyle oluşturulan taşra teşkilatı birimleridir⁷⁶.

Büyükşehir belediyesi kurulu olmayan illerde, ille aynı adı taşıyan⁷⁷, yönetiminden valinin sorumlu olduğu, kapsamına il merkezinin ve il sınırları içerisindeki ilçelerden herhangi birine bağlı durumda bulunmayan bucak ve köylerin⁷⁸ girdiği bir merkez ilçe bulunmaktadır⁷⁹. Merkez ilçenin yönetimi valinin sorumluluğunda olduğuna göre merkez ilçenin başına ayrıca kaymakam ataması yapılmamakta, il sınırları içerisinde yer alan diğer ilçelerde kaymakamlara ait yetkiler merkez ilçede valiye ait olmaktadır. Buna bağlı olarak da büyükşehir belediyesi bulunmayan illerde merkez ilçede arama kararı alma veya arama kararı alınması için sulh ceza hâkimliğine başvurma yetkisi vali tarafından kullanılabilir. Merkez ilçe dışında kalan ilçelerde ise bu yetki kaymakamlara ait bulunmaktadır. Vali bu ilçelerde arama kararı alma veya arama kararı alınması talebiyle sulh ceza hâkimliğine başvurma yetkisine sahip değildir. Vali merkez ilçe dışındaki ilçelerde önleme araması yapılması gerektiği kanaatine ulaştığında hiyerarşik amiri konumunda bulunduğu kaymakamlara arama kararı alınması yönünde emir verebilir⁸⁰. İl düzeyinde

⁷⁴ İİK'ya göre (m.4/1) “*il genel idaresinin başı ve mercii validir...*”.

⁷⁵ İİK'ya göre (m.27/1) “*ilçe genel idaresinin başı ve mercii kaymakamdır*”.

⁷⁶ Akyılmaz/Sezginer/Kaya, s. 290.

⁷⁷ İİK'ya göre (m.2/E) “*illere, ilçelere, bucaklara, merkez yapılan şehir, kasaba veya köyün adı verilir. Şu kadar ki, bunların coğrafi veya tarihi bir sanı varsa o da isim olarak verilebilir*”.

⁷⁸ Söz konusu bucak ve köyler doğrudan il merkezlerine bağlıdır (Şükrü Karatepe, *İdare Hukuku*, 4. Baskı, Akademi Kitabevi, 1995, s. 118).

⁷⁹ Akyılmaz/Sezginer/Kaya, s. 290.

⁸⁰ Vali ilde bulunan merkezi idare teşkilatının tamamının hiyerarşik amiridir (Çağlayan, s. 163; Günday, s. 460). Dolayısıyla valiler kaymakamların hiyerarşik üstü (amiri) konumunda bulunurlar (Karatepe, s. 118). Zira ilçe, merkezi idare teşkilatının bir parçasını oluşturmaktadır. İİK'da valinin kaymakamın hiyerarşik amiri olduğunu gösteren düzenlemeler vardır. İİK'ya göre (m.31/A) “*...Kaymakam, valinin talimat ve emirlerini yürütmekle ödevlidir*”. Yine aynı Kanuna göre (m.31/B) “*...Kaymakamlar da ilçenin işleri hakkında bağlı oldukları valilerle muhaberede bulunurlar*”. İİK'ya göre (m.26/1) “*valiler, her yıl münasip gördükleri zamanlarda ilin bütün ilçe (leri)... teftiş ederler. Halkın dilek ve ihtiyaçlarını yerli yerinde gözden geçirerek gereğini yaparlar*”.

kamu düzenini sağlama sorumluluğu bulunan valinin⁸¹ bu sorumluluğunun gereğini yerine getirmesi için ilçelerde bizzat kendisinin arama kararı verme yetkisine sahip olması şart değildir. Vali ilçe düzeyinde bu sorumluluğunun gereğini, kaymakamlara arama kararı alınması yönünde emir verme yetkisini kullanmak suretiyle de yerine getirebilir.

Büyükşehir belediyesi kurulu olan illerde de ilin başında vali bulunmaktadır. Bununla birlikte büyükşehir belediyesi kurulu olmayan illerden farklı olarak bu illerde yalnızca valinin görevli ve yetkili olduğu bir ilçe (merkez ilçe) bulunmamaktadır. Merkez ilçesi bulunmayan bu illerin merkezlerinde kendi adlarıyla (belli adlarla) anılan ilçeler yer almaktadır⁸². Dolayısıyla büyükşehir belediyesi bulunan illerin bütün ilçelerinde arama kararı alma yetkisi bu ilçelerin kaymakamlarına aittir. Vali ilçelerde arama kararı alamaz; ancak büyükşehir belediyesi olmayan illerde olduğu gibi kaymakamlara arama kararı alınması yönünde emir verebilir. Kaymakamlar hiyerarşik amirleri olan valinin emirlerinin gereğini yerine getirmek zorundadır. Büyükşehir belediyesi bulunmayan illerin ilçelerinde olduğu gibi büyükşehir belediyesi bulunan illerde de vali ilçe düzeyinde de kamu düzenini sağlama sorumluluğunun gereğini kaymakamlara arama kararı alınması yönünde emir verme yetkisini kullanmak suretiyle yerine getirebilir.

2. Mülki Amirin Arama Kararı Alma Yetkisini Kullanma Şartı Olarak Gecikmesinde Sakınca Bulunan Hâller

PVSK’da (m.9/1) mülki amirin arama kararı alabileceği gecikmesinde sakınca bulunan hâllerin neler olduğu gösterilmemiştir. Ancak Anayasa’da ve PVSK’da aramanın hangi sebeplere bağlı olarak yapılabileceği belirlenmiş olduğundan, bu sebepler üzerinden arama bakımından gecikmesinde sakınca bulunan hâllerin neler olabileceğine ilişkin bir değerlendirmede bulunmak mümkündür. Anayasa’ya göre (m.20/2) arama “*millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâkın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak*” yapılabilir. PVSK’ya göre (m.9/1) de arama “*tehlikenin veya suç işlenmesinin önlenmesi amacıyla*” gerçekleştirilebilir. O hâlde

⁸¹ Bkz. İİK, m.11.

⁸² Akyılmaz/Sezginer/Kaya, s. 290.

gecilmeksizin (derhâl, bir an önce) arama yapılmadığı takdirde millî güvenlik tehlike altına girecekse, kamu düzeninin bozulması tehlikesi ortaya çıkacaksa, suç işleme tehlikesi baş gösterecekse (suç işlenmesi önlenemeyecekse), genel sağlık ve genel ahlakın korunması güç hâl gelecekte, hak ve özgürlüklerin korunması zorlaşacaksa gecikmesinde sakınca bulunan bir hâlin varlığından söz edilebilecektir⁸³. Ancak gecikmesinde sakınca bulunan hâllerin bu tür genel ve soyut nitelikteki sınırlama sebeplerine bağlı olarak ortaya konulması belirsizliğe, özel hayatın gizliliğinin çok kolay bir şekilde sınırlandırılmasına sebebiyet verebilecektir. Bu nedenle arama talep yazısında ve kararında sınırlama sebeplerinin içeriği belirlenmeli, soyut sebeplerin somut olayda hangi durumlara bağlı olarak gerçekleşeceği, niçin gecilmeksizin arama yapmayı gerektireceği ortaya konulmalıdır.

Gecikmesinde sakınca bulunan hâllerin somutlaştırılması kapsamında CMK gereğince (m.119/1) adli aramada gecikmesinde sakınca bulunan hâllerden ne anlaşılması gerektiğine ilişkin olarak doktrinde ileri sürülen düşüncelerden yararlanılabilir. Adli aramada gecikmenin hâkim kararını beklemenin ortaya çıkaracağı zaman kaybının aramayı güç hâl getirmesi, hatta olanaksızlaştırması olduğu ifade edilmektedir⁸⁴. Aynı durumun önleme araması bakımından da söz konusu olabileceğini söylemek mümkündür. Örneğin toplumun belli bir kesiminin tepkisini çeken bir olayı protesto etmek için bir yerde aniden oluşan toplulukların saldırı tehlikesiyle karşı karşıya kalabileceğine yönelik emarelerin bulunması durumunda önleme araması için hâkim kararının toplantıdan önce alınmasının mümkün olmayacağını ortaya çıkması (hâkim kararının toplantının yapılma zamanından önceye yetiştirilememesi) hâlinde hâkim kararı bulunmaması nedeniyle arama yapılamayacak veya geç alınan arama kararı üzerine yapılan arama kendisinden beklenen faydayı sağlamayacaktır. Arama yapılması hâlinde saldırı aracı olarak kullanılabilir eşyalara ulaşamayacağından, toplantıya katılanlar bu eşyaların kullanılması suretiyle saldırıya maruz kalabilecektir. İşte arama kararında gecikmesi hâlinde kamu düzeni bakımından tehlike oluşacağı

⁸³ AÖAY'de önleme aramasında gecikmesinde sakınca bulunan hâllerin neler olduğu sıralanmıştır. Yönetmeliğe göre (m.4/b) önleme aramalarında gecikmesinde sakınca bulunan hâllerden “*derhâl işlem yapılmadığı takdirde, millî güvenlik ve kamu düzeninin, genel sağlık ve genel ahlakın veya başkalarının hak ve hürriyetlerinin korunmasının tehlikeye girmesi veya zarar görmesi, suç işlenmesinin önlenememesi, taşınması veya bulundurulması yasak olan her türlü silâh, patlayıcı madde veya eşyanın tespit edilememesi ihtimalinin ortaya çıkması ve gerektiğinde hâkimden karar almak için vakit bulunmaması hâlini*” anlamak gerekmektedir.

⁸⁴ Özbek/ Bacaksız, s. 181.

ve suç işlenmesinin önlenemeyeceğinin yukarıda yer verilen örnekte olduğu gibi somutlaştırılması (bir an önce arama kararı alınıp arama yapılmadığı takdirde toplantıya katılanların zarar görebileceği şeklinde somutlaştırılması) gerekecektir.

Doktrinde gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde arama kararı alma yetkisinin mülki amire verilmesi (aramanın ancak mülki amirin yazılı emriyle yapılabilecek olması) eleştirilmektedir. Gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde dahi mülki amirden izin alınması şartının aranmasının polisin suçla mücadelesini sekteye uğrattığı, gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde mülki amire derhâl ulaşmanın hayatın doğal akışına aykırı olduğu, böyle durumlarda kolluk memuruna veya kolluk amirine arama kararı alma yetkisi verilmesi gerektiği ifade edilmektedir⁸⁵. Yine yöneltelen eleştiriler kapsamında suç işlenmesinin önlenmesinin kolluğun başlıca görevleri arasında yer aldığı, kolluk amirlerine gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde önleme araması emri verme yetkisinin verilmesinin belki de adli aramada bu yetkinin verilmesinden daha önemli olduğu belirtilmektedir⁸⁶. “Mülki amirden yazılı emir alınmaya kadarki süre zarfında” tehlike oluşturan olaya müdahale edilmekte geç kalınabileceği ileri sürülmekte⁸⁷, PYSK’da (m.9/1) gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde yazılı emrin şart olarak kabul edilmesinin çelişki oluşturduğu, yazılı emir alınabilecek kadar zamanın olduğu durumlarda gecikmesinde sakınca bulunan hâlin söz konusu olmayacağı ifade edilmektedir⁸⁸.

Yazılı arama kararının oluşturabileceği sakıncanın giderilmesine ilişkin olarak, şekli yönden gerekli koşullar sağlanarak mülki amir tarafından, önceden tanımlaması yapılan e-posta adresi üzerinden ve kısa mesaj yoluyla arama emri verilebileceği yönünde bir öneride bulunulmakta, böyle bir yöntemin Anayasa’da arama emri için öngörülen yazıllık şartına aykırı olmayacağı ifade edilmektedir. Ayrıca arama emrine gerek bulunmaksızın arama yapılabilmesinin mümkün kılınabileceği, aramanın yapıldıktan sonra denetime tabi tutulması usulünün benimsenebileceği, bunların yapılabilmesi için de Anayasa’da değişikliğe gidilmesi gerektiği belirtilmektedir⁸⁹.

⁸⁵ Güven, s. 122-123; ayrıca bkz. Bilen, s. 57-58.

⁸⁶ Ali Kemal Yıldız, “Mevzuatımızdaki Son Değişiklikler ve Özellikle Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği Çerçevesinde Arama ve Uygulanması”, *Polis Dergisi*, (36), 2003, s. 254; Güven, s. 57.

⁸⁷ Alpsoy, s. 119.

⁸⁸ Ziyaettin Kaygusuz, “Önleme Araması”, *Polis Dergisi*, (38), 2004, s. 426.

⁸⁹ Alpsoy, s. 119.

Aramanın yapılmasında gecikilmemesi için sulh ceza hâkiminden arama kararı almadan arama yapılmasının önü açılarak özel hayatının gizliliğinin sınırlandırılması kolaylaştırılmıştır. Ancak gecikmede sakınca bulursa dahi kolluk amirinin veya kolluk personelinin kararıyla arama yapılması kabul edilmeyerek mülki amir tarafından arama kararı alınmasının şart koşulmasıyla ve ayrıca bu kararın da yazılı olması zorunluluğunun getirilmesiyle aramanın daha kolay yapılmasının önüne geçilmiştir. Böylece PVSK'da vakit kaybetmeksizin arama yapabilme amacı ile özel hayatın gizliliğinin korunması gereği arasında makul bir denge kurmaya çalışılmıştır.

Önleme araması için gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde hem arama kararının mülki amir tarafından verileceğinin öngörülmesinin hem de mülki amirin kararının yazılı olmasının şart koşulmasının gecikmeye sebep olmayacağını, arama kararının mülki amir tarafından alınacağını öngörülmesinin ve mülki amirin yazılı emrinin bulunması koşulunun kabul edilmesinin aramaya tabi tutulacaklar bakımından bir güvence oluşturduğunu, mülki amir yerine kolluk amirinden önleme araması kararı almayı gerektirecek kadar acil durumlarla çoğu zaman karşılaşılmayacağını, mülki amire ulaşılama ihtimali karşısında günümüzün gelişmiş iletişim araçları sayesinde idari teşkilat yapısı içerisinde yazışmaların kısa sürede yapılabilir hâle getirilebileceğini, bunun önleme araması kararının kısa sürede alınmasını sağlayabileceğini düşünmekteyiz. Ayrıca belirtmek gerekir ki önleme aramasını adli aramayla karıştırmamak gereklidir. Adli aramada gecikmesinde sakınca bulunan hâllerle karşılaşılması (örneğin suç delilinin yok edilmesi) önleme aramasına göre daha kuvvetli bir ihtimaldir. Bu nedenle adli aramada kolluğun hâkim veya yetkili merci kararı olmaksızın arama yapılabilmesi daha önemlidir.

Yapılmasına karar verildiği tarih ile yapılacağı tarih arasında hâkimden veya mülki amirden arama kararı alınabilecek faaliyetler bakımından kolluk amirinden arama kararı almayı veya doğrudan kolluğun kararıyla arama yapılmasını (kolluk personelinin karar veya emir olmaksızın aramaya kendisinin karar vermesini) gerektirecek kadar acil durumlarla karşılaşılmayacak olmakla birlikte önleme aramasının PVSK m.9 kapsamı dışında kalan hâllerde PVSK m.4/A gereğince mülki amir kararı aranmaksızın kolluk amirinin kararıyla yapılması mümkündür. Bu hususa ayrı bir başlık altında değinilecektir.

PVSK'da bazı faaliyetler bakımından gecikmesinde sakınca bulunan hâlin varsayılacağı öngörülmüştür. PVSK'ya göre (m.9/6) "*spor karşılaşması,*

miting, konser, festival, toplantı ve gösteri yürüyüşünün düzenlendiği veya aniden toplulukların oluştuğu hâllerde gecikmesinde sakınca bulunan hal var sayılır”.

Önleme aramasında mülki amirin yetkili hâle gelmesini, başka bir deyişle önleme aramasının mülki amir kararıyla yapılmasını sağlayan gecikmesinde sakınca bulunan hâllerin neler olduğunun bazı hâllerde varsayılması mülki amire arama kararı almakta kolaylık sağlamaktadır. Zira böyle bir varsayımın kabul edildiği hâllerde mülki amir arama kararı verirken daha az tereddütte kalacaktır. Ancak bu varsayım mülki amirin gecikmesinde sakınca bulunan bir hâlin var olup olmadığını değerlendirme yükümlülüğünü ortadan kaldırmayacaktır. Böyle bir varsayımın rağmen mülki amir gecikmesinde sakınca bulunan bir hâl olmadığı kanaatine ulaşırsa arama kararı almamalıdır⁹⁰. Gecikmesinde sakınca bulunmamakla beraber arama yapılması gereği bulunuyorsa arama kararı mülki amirin talebi üzerine sulh ceza hâkimi tarafından alınmalıdır.

Mülki amir PVSK’da (m.9/6) sayılan faaliyetler bakımından gecikmesinde sakınca bulunduğu varsayımı karşısında arama kararı vermekle yükümlü olmamakla beraber bu faaliyetler ile ilgili olarak hâkimden arama kararı almanın gecikmeye sebep olup olmayacağına yönelik değerlendirmelerinde çok daha temkinli hareket etmelidir. Mülki amirin gecikmesinde sakınca bulunduğu varsayımına rağmen arama kararı almaması ve polise arama emri vermemesi, arama yapılmaması sebebiyle ortaya çıkabilecek olumsuz neticelere ilişkin tehlikeleri göze alması anlamına gelecektir. O hâlde mülki amirin arama kararı almamasının sağlam gerekçelere dayanması gerekir. Aksi takdirde aramanın gecikmesinden doğan riski üstlenmiş olacaktır.

PVSK’da sayılı bulunan faaliyetlerin, gecikmeksizin arama kararı alınmasını sağlayacakları varsayılmış olmakla beraber, aniden oluşan toplulukların aramaya tabi tutulması hariç⁹¹ uygulamada bunların gecikmede sakınca olacağı gerekçesiyle bir an önce mülki amir tarafından arama kararı

⁹⁰ Nitekim PVSK’da gecikmede sakınca olacağı varsayılan hâller bakımından aslında gecikmede sakınca olmadığı, bu hâllerde önceden yapılmış planlar kapsamında yer alan görevlere ilişkin bir arama kararı alma yetkisi kullanımının söz konusu olduğu, bu nedenle mülki amirin Anayasa’da ve PVSK’da yer alan düzenlemeleri dikkate alarak söz konusu durumlarda da hâkim kararının gerekli olduğu gerekçesiyle arama emri vermekten kaçınacağı ileri sürülmektedir (Gündoğan/ Koç/ Özbudak, s. 148).

⁹¹ Ayrıca bkz. Yunus Emre Gül, “PVSK’da Önleme Araması ve Durdurma”, *İstanbul Barosu Dergisi*, 92(3), 2018, s. 231.

alınmasını gerektiren faaliyetler olmadıklarını düşünmekteyiz⁹². Söz konusu faaliyetlerin gerçekleştirilmesine karar verildiği tarih ve saatlerin faaliyetin gerçekleştirilme tarihinden kısa süre önce belirlenmediğini gözlemlemek mümkündür⁹³. Dolayısıyla bu tür faaliyetlerin yerine getirilmesinden önceki sürede hâkim kararı almak herhâlde mümkün olacaktır. Örneğin meslek kuruluşlarının veya sendikaların genel kurul toplantılarının hangi tarihlerde yapılacağı çok önceden belirlenip duyurulmakta olup, arama kararının etkinliklerin gerçekleştirileceği tarihten uzun süre önce alınması mümkün olduğundan aramada gecikme hâlinde bahsedilemeyecektir. Bahsi geçen faaliyetlere yönelik olarak yapılacak olan aramalarda hâkim kararını beklemek ancak “bazı hâllerde” (örneğin etkinliğin gerçekleştirilme tarih ve saatinin geç ilan edildiği hâllerde) gecikmeye sebep olabilecek ve sakınca teşkil edecektir. Dolayısıyla bu faaliyetler bakımından gecikmede sakınca bulunduğunu varsayım olarak kabul etmek doğru değildir. Bu faaliyetler bakımından gecikmesinde sakınca bulunan bir hâl istisnaen ortaya çıkabilir⁹⁴. Örneğin 10.00’da gerçekleştirilecek bir etkinliğin aynı gün içerisinde 14.00’e veya 1 gün sonraya ertelenmesi hâlinde etkinlikten önce vakit kaybetmeksizin sulh ceza hâkiminden arama kararı alınması mümkün olmayabilir. Gerçi böyle bir durumda aramaya ilişkin bilgilerde, yapılma saati hariç bir değişiklik olmayacağı için yeniden arama kararı alınmasına da gerek olmayacağı düşünülebilir. Zira AÖAY’ye göre “...Her arama kararı, aksine bir hüküm içermiyorsa sadece bir kez arama yapma yetkisi verir” (m.31/1). Henüz

⁹² Aynı yönde görüş için bkz. Merve Şahin, s. 86.

⁹³ Aynı yönde bir görüş olarak değerlendirildiği üzere gecikmesinde sakınca bulunan hâller kapsamında kabul edilen etkinliklerin ne zaman gerçekleştirileceğinin çok önceden belli olduğu, dolayısıyla bu hâller bakımından düzenlemeye yer alan “gecikmesinde sakınca bulunan hâl varsayılr” ifadesinin yerinde olmadığı ifade edilmektedir (Bedri Eryılmaz, ‘Önleme Araması’, iç 5681 Sayılı Kanun İle Polis Vazife ve Salâhiyet Kanunundaki Değişiklikler Sonrası Oluşan Yeni Durum: Bir Adım İleri, İki Adım Geri, Polise Görev, Yetki ve Sorumluluk Veren Mevzuat Uygulamalarına İlişkin Eğitim Projesi (MUYEP) Tebliği II, Ankara, 2008, s. 31).

⁹⁴ Aynı yönde bir görüş olarak önleme aramalarında gecikmesinde sakınca bulunan hâllerin ortaya çıkmasının düşük bir ihtimal olduğu, zira aramanın aniden ortaya çıkan olaylar üzerine değil daha çok önceden yapılan planlarla öngörülen esaslar doğrultusunda yapıldığı, dolayısıyla mülki amirler olarak vali ve kaymakamların arama emri vereceği hâllerin istisna teşkil edeceği ifade edilmektedir (Ergin Kılıç, s. 111; ayrıca bkz. Bilen, s. 51). Yine önleme aramasının yapılacağı yerler ile hâllere bakıldığında bu aramaların önceden planlanmış faaliyetlere ve bilinen durumlar kapsamında yer aldığı, dolayısıyla önleme aramalarında gecikmede sakınca bulunma ihtimalinin adli aramalarla kıyasla daha zor olduğu, mülki amirin gecikmede sakınca bulunduğu gerekçesiyle önleme araması emri vermesinin çok istisnai hâllerde söz konusu olacağı belirtilmektedir (Yalçın, s. 57; Bilen, s. 59).

yapılmamış olan bir aramanın birden fazla kez yapılması da söz konusu olmaz. Ancak yine de mülki amir vakit kaybetmeksizin yeniden arama kararı alınması gerektiğine karar verdiğinde arama yapılması için polise arama emri verebilir.

Önleme araması için hâkim kararı alınması mümkün olduğu hâlde karar alma süresinin kasıtlı olarak veya gerekli özenin gösterilmemesi sebebiyle geçirilmesi suretiyle mülki amirin kararına dayalı olarak arama yapılması hukuka aykırılık teşkil edecektir⁹⁵. Dolayısıyla gerek polisin gerekse de mülki amirin gecikmesinde sakınca bulunan bir hâl bulunup bulunmadığını iyi değerlendirmesi, böyle bir hâlin bulunup bulunmadığı hakkında vakit kaybetmeksizin kanaatini ortaya koyması gerekmektedir.

3. Arama Kararı Alma Yetkisini Kullanan Mülki Amirin Aldığı Arama Kararını Hâkim Onayına Sunma Gereğinin Bulunup Bulunmaması

Anayasa'nın 20'nci maddesi "adli arama-önleme araması" ayrımı yapılmaksızın tüm aramalar bakımından geçerli bir düzenleme olup, Anayasa Mahkemesi vermiş olduğu bir kararında bu düzenlemeye ilişkin olarak yaptığı değerlendirmelerde aramanın hâkim onayına sunulması gerektiğine hükmetmiştir. Mahkeme bu kararında arama kararının hâkim onayına sunulma gereğinin aramaya yönelik özel sınırlama nedenleriyle birlikte özel hayatın korunmasını güçlendirici bir role sahip olduğunu ifade etmiştir. Anayasa Mahkemesi'ne göre "*...Anayasa'nın 20. maddesine göre, bir kişinin üstünün ve özel eşyasının aranması için... gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde kanunla yetkili kılınan merciin yazılı emrinin yirmi dört saat içinde hâkimin onayına sunulması zorunluluğu ve özel sınırlama nedenlerinin varlığının şart kılınmasıyla, özel yaşam alanının korunması güçlendirilmiştir*"⁹⁶.

Anayasa Mahkemesi'ne göre kanunla arama kararı alma yetkisi tanınan merciin aldığı kararın hâkim onayına sunulmasını öngörmeyen düzenlemeler Anayasa'ya aykırıdır. Mahkeme 211 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu m.56/A/1'de, 2692 sayılı Sahil Güvenlik Komutanlığı Kanunu Ek Madde 7/1'de ve 2803 sayılı Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Kanunu m.15/A/1'de gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde yetkili merci tarafından alınan arama kararının hâkim onayına sunulması güvencesine yer verilmemesini

⁹⁵ Aynı yönde görüş için bkz. Aydın, s. 105.

⁹⁶ Anayasa Mahkemesi, 22/02/2006, Esas 2003/29, Karar 2006/24, Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası.

Anayasa'ya aykırı görmüş ve bu güvenceyi içermeyen kısımlar bakımından iptal kararı vermiştir. Anayasa Mahkemesi'ne göre “...Anayasa'nın 20. maddesinin ikinci fıkrasında kişilerin özel hayatının korunmasını isteme hakkına sınırlama getiren arama ve elkoyma tedbirlerinin kapsam ve şartları ayrıntılı olarak düzenlenmiş ve birtakım güvenceler öngörülmüştür. Kural olarak bir kimsenin üstünün, özel kâğıtlarının ve eşyasının aranabilmesi için gecikmesinde sakınca bulunmayan hâllerde mutlaka yetkili hâkim kararının bulunması, gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde ise yirmi dört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulmak kaydıyla kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emrinin bulunması gerekmektedir. Yetkili mercii tarafından verilen arama kararının yirmi dört saat içinde hâkim onayına sunulması, arama kararının alınması ve uygulanması sürecinde keyfiliğin önüne geçilerek bireyler nezdinde hukuki güvenlik ve öngörülebilirliğin oluşmasına katkı sağlamaktadır (prg. 75). Kuralda... arama emrinin yirmi dört saat içinde görevli hâkim onayına sunulmasına ilişkin güvenceye yer verilmediği anlaşılmaktadır. Dolayısıyla söz konusu güvence sağlanmadan... kişilerin üstü, araçları, özel kâğıtları ve eşyasının aranmasına imkân tanınması Anayasa'nın 20. maddesiyle bağdaşmamaktadır...” (prg. 76. Ayrıca bkz. prg. 106 ve prg. 111)⁹⁷.

Anayasa Mahkemesi'nin hâkim onayına sunulma güvencesini içermeyen düzenlemeleri iptal ettiği kararında, düzenlemelerin iptaline gerek olmadığı yönündeki karşı oy yazılarına da değinmekte yarar vardır.

⁹⁷ Anayasa Mahkemesi, 30/06/2022, Esas 2018/137, Karar 2022/86, Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası. İptal karardan sonra yakın bir zamana kadar kanun koyucu tarafından gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde yetkili merci tarafından da arama kararı alınabileceği ve bu kararın hâkim onayına sunulacağı yönünde düzenleme yapılmadığından 211 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu'nun (m.56/A/1), 2692 sayılı Sahil Güvenlik Komutanlığı Kanunu'nun (Ek Madde 7/1) ve 2803 sayılı Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Kanunu'nun (m.15/A/1) parantez içinde belirtilen maddelerine göre aramanın yalnızca hâkim kararıyla yapılması mümkündür. Fakat 28/06/2024 tarih ve 32586 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 7517 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun kapsamında yapılan düzenlemelerle bu kanunlarda belirlenen yetkili merci tarafından da arama kararı alınabileceği, bu kararların daha sonra hâkim onayına sunulacağı öngörüldü. Artık 211 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu'na göre (m.56/A/1) “gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde yirmi dört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulması şartıyla askeri birlik komutanının veya askeri kurum amirinin ya da hukuk hizmetleri başkanı veya birim amirinin yazılı emri”, 2692 sayılı Sahil Güvenlik Komutanlığı Kanunu'na (Ek Madde 7/1) göre “gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde yirmi dört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulması şartıyla birlik komutanının veya kurum amirinin yazılı emri” ve 2803 sayılı Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Kanunu'na (m.15/A/1) göre “gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde yirmi dört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulması şartıyla birlik komutanının veya kurum amirinin yazılı emri” üzerine arama yapılması mümkündür.

Üyelerden Muammer Topal, Basri Bağcı ve İrfan Fidan karşı oy yazılarında şu ifadeler yer vermişlerdir: “...Anayasa'nın 20. Maddesinin ikinci fıkrasının ikinci cümlesinde yer alan “Yetkili merciin kararı yirmi dört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur” hükmü doğrudan uygulanabilir nitelikte olduğundan, denetlenen kanun hükümleri açısından ileri sürülen eksikliği giderebilecek mahiyettedir...”⁹⁸.

a. Anayasa hükmü ile PVSK hükmünün birlikte uygulanıp uygulanamaması bakımından

Gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde mülki amir tarafından alınan arama kararının hâkim onayına sunulup sunulmaması, böyle hâllerde hâkimin arama ile ilgili karar alma yetkisinin ortadan kalkıp kalkmayacağına ilişkin bir meseledir. Zira mülki amir tarafından alınan arama kararının hâkime sunulmayacağı kabulü hâlinde aramada hâkim söz sahibi olmayacaktır.

Anayasa'da (m.20/2) hâkim onayına sunulma ile ilgili olarak “aramadan itibaren” veya “arama ve el koymadan itibaren” ifadesine yer verilmeksizin hâkimin kararını “el koymadan itibaren” kırk sekiz saat içinde açıklayacağı yazılı olduğundan arama neticesinde el koyma tedbirine başvurulmayan hâllerde aramanın ayrıca hâkim onayına sunulmasına gerek olmadığı düşünülebilir. Ancak Anayasa'da (m.20/2) “arama-el koyma” ayrımı yapılmaksızın yetkili merciin “kararını” yirmi dört saat içinde görevli hâkimin onayına sunacağı öngörülmüştür. Dolayısıyla Anayasa gereğince yalnızca el koyma kararının değil yetkili merci tarafından verilen arama kararının da hâkim onayına sunulması gerektiğini düşünmekteyiz⁹⁹.

Aramanın Anayasa'daki düzenleniş şeklinden yetkili merci tarafından alınan arama kararının hâkim onayına sunulacağı sonucuna ulaşılabilmekle beraber PVSK'da (m.9/1) gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde mülki amir tarafından alınan arama kararının (arama emrinin), Anayasa gereğince uyulması gereken bir esas olarak hâkim onayına sunulacağı hükmüne yer verilmemesi PVSK'ya göre yapılacak bir önleme aramasının hâkim onayına sunulmasının gerekli olup olmadığı hususunda tereddüde düşülmesine yol

⁹⁸ Anayasa Mahkemesi, 30/06/2022, Esas 2018/137, Karar 2022/86, Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası.

⁹⁹ Aynı yönde görüş için bkz. Oğuzhan Sapan, “Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Cumhuriyet Savcısı veya Kolluk Amiri Tarafından Verilen Adli Arama Kararının Hâkim Onayına Sunulması”, *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 8(1), 2022, s. 98; Bilen, s. 59; Ahmet Kılıç, s. 409; Alpsoy, s. 119; Yalçın, s. 127; Bakım, s. 4189.

açabilecektir. Zira PVSŞ hükümünün (m.9/1) Anayasa'ya uygunluğu göz ardı edilerek uygulanması hâlinde mülki amir tarafından alınan arama kararının hâkim onayına sunulmaması söz konusu olabilecektir. Aynı durum adli arama bakımından da CMK'da (m.119/1) söz konusudur. CMK'da da gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısının ve Cumhuriyet savcısına ulaşılamadığı durumlarda kolluk amirinin yazılı emriyle yapılan aramanın daha sonra hâkim onayına sunulacağı öngörülmemiştir.

Anayasa Mahkemesi, bir önceki başlıkta değindiğimiz üzere arama kararı alma yetkisi tanınan merciin aldığı kararın hâkim onayına sunulmasına ilişkin hüküm içermeyen düzenlemeleri Anayasa'ya aykırı bulmuş ve iptal etmiştir. Bununla birlikte doktrinde, eksik bir düzenlemenin Anayasa'ya aykırılık oluşturduğu gerekçesiyle iptalinin gerekmeceği yönünde değerlendirmede bulunulmasını sağlayan görüşler bulunmaktadır. Teziç Anayasa'da yer alan bir konu kanunda düzenlenirken Anayasa gereğince uyulması gereken esaslardan bazılarında yer verilmemesi hâlinde kanun koyucu tarafından eksik düzenleme yapılması hâlinin ortaya çıkacağını, eksik düzenleme hâlinde kanunun Anayasa'da yer alan esasları içeren kısmında Anayasa'ya aykırılık olmaması hâlinde kanunun ne bütünüyle Anayasa'ya uygun ne de Anayasa'ya aykırı olacağını, Anayasa'daki kuralın (kanunda yer almamakla birlikte Anayasa'da yer alan kuralın) doğrudan uygulanmasının bir çözüm yolu olarak düşünülebileceğini belirtmektedir¹⁰⁰. Özbudun kanun koyucunun eksik düzenleme yapmasının tek başına Anayasa'ya aykırılık sebebi teşkil etmeyeceğini, eksiklik teşkil eden kanunun ancak başka bir Anayasa ilkesini, örneğin eşitlik ilkesini ihlal ediyorsa Anayasa'ya aykırı olacağını ifade edilmektedir¹⁰¹. Böyle bir ihtimalde eşitlik ilkesine aykırılık teşkil eden kanunun iptali söz konusu olacaktır.

Anayasa Mahkemesi bir önceki paragrafta değindiğimiz üzere 30/06/2022 tarih, Esas 2018/137, Karar 2022/86 sayılı kararıyla hâkim onayına sunulmayı içermemesi itibariyle eksiklik içeren kanuni düzenlemeleri Anayasa'nın 20'nci maddesine aykırı görerek iptal etmiş olmakla beraber Mahkeme'nin iptal kararını doğru bulmamaktayız. Az önce söz ettiğimiz doktrinde yer alan görüşlerden yola çıkarak PVSŞ'da (m.9/1) gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde yetkili merci (mülki amir) tarafından alınan arama kararının hâkim (sulh ceza hâkimi) onayına sunulacağının öngörülmemesinin eksiklik arz

¹⁰⁰ Teziç, s. 241-242.

¹⁰¹ Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, 16. Baskı, Yetkin Yayınevi, 2016, s. 430.

ettiğini, ancak bu durumun hükmü Anayasa'ya aykırı hale getirmediğini düşünmekteyiz. Anayasa'nın (m.20/2) arama kararının hâkim onayına sunulacağını öngören hükmünün uygulanmasıyla PVSK m.9'daki eksiklik giderilebilecektir¹⁰². Bu şekilde eksikliği giderilecek olan bir düzenlemenin iptaline gerek yoktur. İdarenin Anayasa hükümlerini doğrudan uygulama görev ve yetkisi bulunmaktadır. Anayasa'ya göre (m.11/1) "*Anayasa hükümleri... idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır*". O hâlde PVSK'da aramanın hâkim onayına sunulmasından söz edilmemesi hâkimin arama hakkında karar alma yetkisini ortadan kaldırmamaktadır.

PVSK'ya göre gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde mülki amir tarafından verilen arama kararının daha sonra hâkim onayına sunulması gerekmele beraber PVSK'da (m.9/1) mülki amire, karar alırken tereddüde düşmemesi için gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde aldığı önleme araması kararını hâkim onayına sunma zorunluluğu getirilmediği ifade edilmekte¹⁰³, dolayısıyla arama kararının ayrıca hâkime sunulmasının gerekli olmadığı dile getirilmek istenmektedir. Karar vermekte tereddüde düşmemeyi mülki amirin aramanın hukuka uygunluğuna yönelik değerlendirmesini daha yüzeysel şekilde yapabilmesi olarak anlamak gerekir. Daha kapsamlı bir değerlendirme yapması hâlinde mülki amirin vereceği arama kararının hukuka uygunluğu bakımından tereddütte kalabileceği düşünülebilir. Ancak mülki amirin tereddüde düşmesinin önüne geçme düşüncesi arama kararının hâkim onayına sunulmamasının gerekçesi olarak görülmemelidir. Önleme araması kararının hukuka uygunluğuna ilişkin tereddüt arama hakkında hâkimin vereceği kararla ortadan kaldırılabilecektir.

b. Ceza Muhakemesi Kanunu'nda adli arama için öngörülen aynı yöndeki düzenleme ile ilgili görüşlerin önleme aramasında dikkate alınması bakımından

PVSK'da önleme aramasının hâkim onayına sunulacağı yönünde bir hükme yer verilmemesi CMK'da da adli arama bakımından söz konusudur.

¹⁰² Nitekim daha önce üzerinde durduğumuz üzere Mahkeme üyelerinden Muammer Topal, Basri Bağcı ve İrfan Fidan karşı oy yazılarında Anayasa'da (m.20) yer alan yetkili merciin kararını yirmi dört saat içinde görevli hâkimin onayına sunacağını öngören hükmün doğrudan uygulanabilir nitelikte olduğunu, bunun kanun hükümleri açısından ileri sürülen eksikliği giderebileceğini belirtmişlerdir (Anayasa Mahkemesi, 30/06/2022, Esas 2018/137, Karar 2022/86, Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası).

¹⁰³ Cumhuriyet Şahin, s. 437.

Adli aramanın hâkim onayına sunulacağına ilişkin bir hükme yer verilmemesi ile ilgili olarak doktrinde ortaya konulan görüşler önleme araması bakımından da dikkate değerdir. Zira hem önleme aramasında hem de adli aramada tartışma konusu olan husus, arama kararının hâkim onayına sunulup sunulmayacağı meselesidir. Dolayısıyla bu tartışmaya ilişkin olarak CMK'da yer alan aramaya ilişkin hükümler de göz önünde bulundurularak değerlendirilmede bulunmakta fayda vardır.

Doktrinde yazarların bir kısmı CMK'da aramanın hâkim onayına sunulması yönünde bir düzenleme bulunmadığından Cumhuriyet savcısı tarafından verilen arama emrinin (arama kararının) sonradan hâkim onayına sunulmasına gerek bulunmadığını, Anayasa'da hâkim denetimine tabi tutmanın yalnızca el koyma bakımından kabul edildiğini belirtmektedir¹⁰⁴. Bununla beraber doktrinde birçok yazar CMK'da (m.119/1) yetkili merci tarafından alınan arama kararının hâkim onayına sunulacağı hükmüne yer verilmesi de Anayasa'da aramanın hâkim onayına sunulacağına öngörüldüğünü (Anayasa hükmünün doğrudan uygulanabileceğini) dolayısıyla arama emrinin de hâkim onayına sunulması gerektiğini ifade etmektedir¹⁰⁵. Bu da göstermektedir ki gerek adli aramada gerekse de önleme aramasında yetkili merci tarafından verilen arama kararının sonradan hâkim onayına sunulması gerektiği görüşü baskın durumdadır.

4. Arama Kararı Alma Yetkisinin Mülki Amir Tarafından Kullanılmasının Arama Kararının Yargısal Denetimine Etkisi

Önleme araması kararının hâkim onayına sunulup sunulmayacağı

¹⁰⁴ Özbek/ Bacaksız, s. 183-184. Ayrıca bkz. Nur Centel/ Hamide Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 13. Baskı, Beta Yayınevi, 2016, s. 412. Özbek/ Bacaksız CMK gereğince aramanın hâkim onayına sunulmasının gerekli olmadığını belirtmekle beraber, CMK'ya göre aramanın hâkim onayına sunulması gereğinin öngörülmemesini Anayasa'ya aykırı bulmakta, Anayasa hükmünün CMK'daki boşluğu doldurduğunun da söylenebileceğini ifade etmektedir (Özbek/ Bacaksız, s. 184).

¹⁰⁵ Duygu Çağlar Doğan, "Ceza Muhakemesinde Adli Arama", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, (92), 2011, s. 174; Yeşim Yılmaz, "Bir Ceza Muhakemesi Hukuku İşlemi Olarak Adli Arama", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, (124), 2016, s. 266; Özge Sırma, "Güncel Olaylar Çerçevesinde 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda Arama", *Terazi Hukuk Dergisi*, (34), 2009, s. 33; Gökçen/ Balcı/ Alşahin/ Çakır, s. 110-111. Ayrıca bkz. Gözde Kazaker, "Adli Arama", *Ceza Hukuku Dergisi*, (27), 2015, s. 164. Bu yönde görüşe sahip olan Yenisey/ Nuhoğlu hâkim onayına sunulma gereğine yer verilmemesini bir "boşluk" olarak kabul etmekte, bu boşluğun Anayasa'nın 20'nci maddesinin kendiliğinden uygulanmasıyla doldurulacağını, dolayısıyla arama emrinin hâkim onayına sunulacağı görüşüne sahip olduklarını ortaya koymaktadır (Yenisey/ Nuhoğlu, s. 402).

hususunda PVSK'da bir hükme yer verilmemesinin tereddüde sebep olabileceğini, her ne kadar PVSK'da hüküm bulunmasa da Anayasa'da (m.20/2) hâkim onayına sunulma ifadesine yer verilmesi sebebiyle mülki amir tarafından verilen arama kararının hâkim onayına sunulması gerektiğini ifade etmiştik. Bununla beraber mülki amirin PVSK'da önleme aramasının hâkim onayına sunulacağına ilişkin bir hükme yer verilmediği gerekçesiyle arama kararını hâkim onayına sunmaması karşı karşıya kalınabilecek bir durumdur. Hâkim onayına sunmak şartıyla kendisine arama kararı alma yetkisi tanınan mülki amir tarafından verilen emirle yapılmaya başlanan arama, mülki amirin arama kararını hâkim onayına sunmaması nedeniyle durmayacaktır. Zira mülki amirin aldığı arama kararı, sulh ceza hâkimine arama yapılması için sunduğu arama talep yazısından farklı olarak icrailik özelliğine sahiptir. Arama kararının hâkim onayına sunulması gereği arama kararının icra edilmesi şartı değildir.

Mülki amir tarafından alınan arama kararının hâkim onayına sunulmasında onay, gördüğü işlev itibariyle başka hâllerde alınan onaydan farklılık arz etmektedir. Her ne kadar onay, onaya tabi tutulan karar alındıktan sonra, fakat gereği yerine getirilmeden önce yapılması gereken bir işlem olsa da arama kararının onaya tabi tutulmasında onayın aynı işlevi gördüğü söylenemez. Mülki amirin arama kararının hâkim onayına sunulmasında arama kararı alındıktan ve bu kararın gereği yerine getirilmeye başlandıktan sonra aramaya devam edilebilmesi için alınan bir onay söz konusudur. Kanaatimizce Anayasa'da (m.20) yetkili merciye (mülki amire) daha sonra hâkim onayına sunmak şartıyla arama kararı alma yetkisinin verilmesinin sebebi, aramaya gecikmesizden başlanması fakat aynı zamanda arama kararının bir an önce yargı merciine sunulmasının ve yargısal karar alınmasının arzu edilmesidir. Bununla beraber Gözler, aramayı da örnek göstererek kanunla yetkili kılınmış merciin emrinin daha sonra hâkim onayına sunulmasının öngörülmediği hâllerde hâkim tarafından verilecek onama ya da onamama kararının yargı kararı değil, idari karar olduğunu belirtmektedir. Yazar'a göre böyle hâllerde bir hukuki uyuşmazlık bulunmamakta, idari makamdan çıktığı tartışmasız olan bir kararın onaylanması işlemi söz konusu olmaktadır. Onay, bir işlemin hukuki niteliğinde değişiklik meydana getirmemekte, onu yargı kararına dönüştürmemektedir¹⁰⁶.

Sulh ceza hâkimliği idari organ olmayıp, bağımsız ve tarafsız yargı merci

¹⁰⁶ Gözler, *İdare*, s. 744.

olduğundan ve yetkili merci (mülki amir) tarafından alınan arama kararının hâkim onayına tabi tutulmasının bir an önce (arama sona ermeden) arama hakkında yargı kararı alınmasına yönelik olduğunu düşündüğümüzden hâkim tarafından verilen onama veya onamama kararının yargısal karar olduğu kanaatindeyiz. Arama kararının idari işlem olarak kabulü hâlinde söz konusu karar ancak idari yargı yeri tarafından hukuka uygunluk denetimine tabi tutulabilecek, arama kararına karşı açılacak iptal davası üzerine idari yargı yerince arama kararının iptaline karar verilse bile iptal kararı verilmeyeceye kadarki süre zarfında muhtemelen arama tamamlanmış olacaktır. Böylece idari yargı yerince verilen iptal kararının aramanın devamı üzerinde bir etkisi olmayacaktır.

Arama kararının hâkim onayına sunulmaması suretiyle sulh ceza hâkimi tarafından gerçekleştirilecek incelemenin önüne geçilmesi mülki amir tarafından verilen arama kararına karşı, genel dava açma süresi olan altmış gün içinde idari yargıda iptal ve tam yargı davası açılmasına engel teşkil etmemektedir¹⁰⁷. Mülki amir tarafından verilen arama kararı bir idari işlem olduğuna göre idari yargı denetimine tabi tutulabilir. Ancak bir önceki paragrafta da değindiğimiz üzere arama kararı (idari işlem) yargı yerince iptal kararı verilmeye kadar tamamlanmış olacağından, iptal kararı aramanın icrası üzerinde bir etki meydana getirmeyecektir. İptal davası açılırken ayrıca yürütmenin durdurulması talebinde bulunulması hâlinde dahi aynı durumla karşı karşıya kalınacağını düşünmekteyiz. Bu durumda ancak mülki amir tarafından verilen önleme araması kararı nedeniyle bir zarar meydana gelirse açılacak bir tam yargı davası kendisinden beklenen işlevi görecek, tam yargı davasıyla önleme araması nedeniyle uğranılan zararın tazmini sağlanacaktır.

5. Mülki Amir Tarafından Verilen Arama Kararının Onaylanmasının veya Onaylanmamasının Arama Üzerindeki Etkisi

Adli aramanın kısa süre içerisinde tamamlanması beklenebilir; fakat önleme araması bakımından aynı durum söz konusu olmayabilir. PYSK'da (m.9/3-ç) arama kararında ve emrinde aramanın geçerli olacağı sürenin (ne kadar süreyle arama yapılabileceğinin) belirtileceği öngörülmüş, fakat önleme aramasının ne kadar süreyle yapılabileceğine ilişkin bir üst süre sınırı getirilmemiştir. Bu durumda hâkim veya mülki amir tarafından somut

¹⁰⁷ Aynı yönde görüş için bkz. Belma Eren İlbay, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Önleme Araması*, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Bilgi Üniversitesi Lisansüstü Programlar Enstitüsü, 2021, s. 174; Akdemir, s. 99.

olayın özellikleri göz önünde bulundurularak, arama yapma gereğinin ne kadar süreceği (arama süresi) belirlenmelidir. Somut olayın özelliklerini göz önünde bulunduran hâkim veya mülki amir bu süreyi, örneğin 3 saat olarak belirleyebileceği gibi, 1 gün, 3, gün ve hatta bir hafta veya daha uzun bir süre olarak belirleyebilecektir¹⁰⁸. Buna göre önleme araması kararının mülki amir tarafından verilmesi hâlinde, arama kararı onayına sunulan sulh ceza hâkimi tarafından verilecek olan karar icrasına başlanmış olan aramanın seyrini etkileyebilecektir. Hâkimin mülki amir tarafından alınan arama kararını onaylamaması hâlinde aramaya son verilmesi gerekecektir. Arama kararının onaylanması hâlinde ise arama sona ermeyecek, yapılmaya devam olunacaktır.

¹⁰⁸ Yargıtay'a göre "...Önleme araması kararının geçerli olacağı sürenin sınırı ile ilgili olarak da mevzuatta kısıtlayıcı bir hüküm bulunmamaktadır. Zira önleme aramasının geçerli olacağı süre, karar verilmesine dayanak teşkil eden makul sebebin niteliğine göre değişkenlik arz edebilmektedir. Örneğin; olimpiyat oyunları gibi iki ya da üç hafta sürecektir ve dünyanın birçok ülkesinden sporcu ve izleyicilerin katılacağı bir spor organizasyonunda yaşanabilecek kamu düzenini bozucu nitelikteki olayların ve suç işlenmesinin önlenmesi amacıyla makul sebep oluşması hâlinde yapılacak bir önleme aramasının geçerlilik süresi organizasyon süresi kadar olabileceği gibi, başka olaylarda duruma göre bir gün süreli, hatta saatli önleme araması kararlarının verilmesi de mümkündür. Her hâlükârda bu sürenin aramanın haklı kaldığı süreden fazla olmaması lazımdır. Önleme aramasının da kişilerin temel hak ve özgürlüklerine bir müdahale niteliğinde bulunması nedeniyle, makul bir sebep olmadığı hâlde verilen uzun süreli önleme araması kararı görünürde yasal olsa bile hukuka uygun olmayacaktır. Aynı şekilde makul bir sebep yokken belli periyotlarla yenilenmek suretiyle süreklilik arz edecek ve genel arama izlenimi verecek şekilde önleme araması kararı verilmesi de hukuka aykırı olacaktır..." (Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 03/12/2019, Esas 2016/427, Karar 2019/688, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi. Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 18/10/2016, Esas 2016/57, Karar 2016/374, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi. Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 14/03/2017, Esas 2016/361, Karar 2017/139, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi. Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 09/04/2019, Esas 2016/386, Karar 2019/300, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi. Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 02/05/2019, Esas 2016/513, Karar 2019/371, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi. Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 20/12/2018, Esas 2016/1370, Karar 2018/666, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi. Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 18/06/2019, Esas 2017/947, Karar 2019/479, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi. Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 21/09/2021, Esas 2019/342, Karar 2021/414, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi. Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 11/11/2021, Esas 2019/526, Karar 2021/556, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi. Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 26/05/2022, Esas 2020/318, Karar 2022/384, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi. Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 22/11/2022, Esas 2021/429, Karar 2022/725, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi. Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 31/05/2023, Esas 2022/514, Karar 2023/327, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi. Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 27/09/2023, Esas 2023/129, Karar 2023/477, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi. Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 14/02/2024, Esas 2023/378, Karar 2024/64, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi. Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 03/04/2024, Esas 2023/373, Karar 2024/155, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi). Doktrinde de arama için 1 ay, 6 ay, 1 yıl gibi keyfi süreler belirlenemeyeceği ifade edilmektedir (Ünver/Hakeri, s. 407).

C. İtiraz Mercii

PVSK'da önleme araması kararına ilişkin olarak itirazda bulunulabileceğine ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak sulh ceza hâkiminin aramaya ilişkin kararını yargısal karar olarak gördüğümüzden bu karara karşı CMK'ya göre, süresi içerisinde¹⁰⁹ itiraz kanun yoluna başvurulabileceği kanaatindeyiz¹¹⁰. Detaylarına birazdan girileceği üzerine itiraz mercii hâkimin önleme araması talebinin reddi kararına karşı yapılan itirazı kabul etmesi durumunda, itiraz mercii arama kararı alacak, böylece itiraz mercii arama kararı alma yetkisini kullanmış olacaktır¹¹¹.

CMK'da önleme araması kararına karşı kanun yoluna başvurulup başvurulamayacağına, kanun yoluna başvurmak mümkün ise bu başvurunun nereye yapılacağına ilişkin bir hüküm bulunmadığı, önleme aramasının CMK

¹⁰⁹ CMK'ya göre (m.268/1) "*hâkim veya mahkeme kararına karşı itiraz, kanunun ayrıca hüküm koymadığı hâllerde 35 inci maddeye göre ilgililerin kararı öğrendiği günden itibaren yedi gün içinde kararı veren mercie verilecek bir dilekçe veya tutanağa geçirilmek koşulu ile zabıt kâtibine beyanda bulunmak suretiyle yapılır...*".

¹¹⁰ Aynı yönde görüşler için bkz. Eren İlbay, s. 173; Merve Şahin, s. 22-23; Yalçın, s. 126; Gül, s. 228.

¹¹¹ CMK'da arama talebinin reddi kararına karşı itirazda bulunulabileceğine ilişkin bir hüküm bulunmamakla beraber Yargıtay 19'uncu Ceza Dairesi'nin vermiş olduğu bir karardan CMK m.267/1'deki hâkim kararlarına karşı itirazda bulunulabileceği yönündeki düzenleme gereğince hâkim tarafından verilen arama talebinin reddi kararına karşı yapılan itirazın ve ret kararına karşı yapılan itirazın ilgili sulh ceza hâkimlikleri tarafından karara bağlandığı anlaşılmaktadır. Buna göre adli arama talebinin reddi ve itirazın reddi kararlarına itiraz edilebilir. Adli arama bakımından ulaşılan bu sonuç önleme araması bakımından da geçerli olacaktır. Zira her iki aramada da arama kararı sulh ceza hâkimi tarafından verilmekte ve ilgili kanunlarda (CMK'da ve PVSK'da) arama ile ilgili kararlara karşı itiraz edilebileceğine ilişkin bir hüküm yer almamaktadır. Daire tarafından verilen karardan arama talebi reddeden sulh ceza hâkimliğinin kendisine yapılan itirazı da reddettiği ve CMK'da (m.268/3-a) yer alan "*sulh ceza hâkimliği kararlarına yapılan itirazların incelenmesi (nin) o yerde birden fazla sulh ceza hâkimliğinin bulunması hâlinde, numara olarak kendisini izleyen hâkimliğe*" yapılacağına ilişkin düzenleme doğrultusunda hareket ettiği ve itiraza ilişkin kararın numara olarak izleyen sulh ceza hâkimliği tarafından verildiği görülebilmektedir. Daire kararında şu ifadeler yer almaktadır: "*... şüpheli ... hakkında yürütülen soruşturma sırasında şüpheli işyerinde suç delillerinin elde edilmesi amacı ile İstanbul Anadolu Cumhuriyet Başsavcılığının 2019/202194 soruşturma sayılı dosyası üzerinden 27/11/2019 tarihli "Atatürk... Ümraniye/İstanbul" adresinde arama yapılması talebinin reddine dair İstanbul Anadolu 4. Sulh Ceza Hâkimliğinin 16/12/2019 tarihli ve 2019/8445 değişik iş sayılı kararına karşı yapılan itirazın reddine ilişkin mercii (olan) İstanbul Anadolu 5. Sulh Ceza Hâkimliğinin 19/12/2019 tarihli ve 2019/8451 değişik iş sayılı kararı aleyhine Adalet Bakanlığı'nın ... kanun yararına bozma istemini içeren yazısı ekindeki dava dosyası Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının ... ihbarnamesi ile Dairemize gönderilmekle okundu". (Yargıtay 19'uncu Ceza Dairesi, 21/01/2021, Esas 2020/1872, Karar 2021/318, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi).*

kapsamında bir işlem olmadığı ve CMK'nın 260'ıncı maddesinde mülki amirin kanun yollarına başvuracaklar arasında sayılmadığı gerekçeleriyle CMK'nın 267'nci maddesi ile devamında yer alan itiraza ilişkin düzenlemelerin önleme araması bakımından uygulanamayacağı ileri sürülmektedir¹¹².

CMK'da (m.267) herhangi bir ayırımda bulunulmaksızın hâkim kararlarına karşı itirazda bulunulabileceği öngörülmüş ve hem CMK'da hem de PVSK'da önleme araması kararına karşı itirazda bulunulamayacağına ilişkin bir hükme yer verilmemiştir. Ayrıca Anayasa'da (m.36) herkesin meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde iddia ve savunma hakkına sahip olduğu düzenlenmiştir. AÖAY'de de mülki amirin hâkim kararlarına karşı kanun yoluna başvurabileceği açıkça öngörülmüştür. AÖAY'ye göre (m.20/4) "*hâkim tarafından verilen kararlar aleyhine, mülkî âmir tarafından kanun yollarına başvurulabilir*". Tüm bu hâlleri göz önünde bulundurduğumuzda hâkimin önleme aramasına ilişkin kararına karşı itirazda bulunulabileceği sonucuna ulaşmaktayız.

İtiraz kanun yoluna gidilmesi durumunda itirazın yerinde olup olmadığını öncelikle "arama talebini reddeden sulh ceza hâkimi" inceleyecektir. Zira CMK'ya göre "*kararına itiraz edilen hâkim veya mahkeme, itirazı yerinde görürse kararını düzeltir...*" (m.268/2). Arama kararı vermeyen (arama talebini reddeden) hâkimin (sulh ceza hâkiminin) kararını düzeltmesi arama kararı vermesi suretiyle gerçekleşecektir. Karar yine sulh ceza hâkimi tarafından verileceğinden böyle bir ihtimalde arama kararı vermeye yetkili makama ilişkin bir değişiklik meydana gelmeyecektir.

Arama talebinin reddi yönündeki kararına itiraz edilen sulh ceza hâkimi itirazı yerinde görmeyerek kararında düzeltmeye gitmeyebilir; böylece arama kararı vermeyebilir. CMK'ya göre (m.268/2) "*kararına itiraz edilen hâkim... itirazı yerinde... görmezse en çok üç gün içinde, itirazı incelemeye yetkili olan mercie gönderir*". Kanunda yerinde görmeme kararının itiraz merciine gönderilmesi için talepte bulunma şartından söz edilmediği için, hâkim itirazı, talepte bulunulsun veya bulunulmasın kendiliğinden itirazı incelemeye yetkili mercie göndermelidir.

İtirazı incelemeye yetkili olan mercilerin hangi merciler olduğu CMK'da gösterilmiştir. CMK'ya göre (m.268/3-a) "*sulh ceza hâkimliği kararlarına yapılan itirazların incelenmesi, o yerde birden fazla sulh ceza hâkimliğinin*

¹¹² Bilen, s. 145-146.

bulunması hâlinde¹¹³, numara olarak kendisini izleyen hâkimliğe; son numaralı hâkimlik için bir numaralı hâkimliğe; ağır ceza mahkemesinin bulunmadığı yerlerde tek sulh ceza hâkimliği varsa, yargı çevresinde görev yaptığı ağır ceza mahkemesinin bulunduğu yerdeki sulh ceza hâkimliğine; ağır ceza mahkemesinin bulunduğu yerlerde tek sulh ceza hâkimliği varsa, en yakın ağır ceza mahkemesinin bulunduğu yerdeki sulh ceza hâkimliğine aittir". Sulh ceza hâkimliğinin işlerinin asliye ceza hâkimi tarafından görüldüğü hâllerde itiraz hakkında karar verme yetkisi ağır ceza mahkemesi başkanına ait olacaktır. Zira CMK'ya göre (m. 268/3- b) "...Sulh ceza hâkimliği işleri, asliye ceza hâkimi tarafından görülüyorsa itirazı inceleme yetkisi ağır ceza mahkemesi başkanına aittir".

İtiraz merci arama talebini reddeden (arama kararı vermeyen) sulh ceza hâkimliğinin kararını yerinde görmezse arama kararı verebilir. Zira CMK'ya göre (m. 271/2) "*itiraz yerinde görülürse merci, aynı zamanda itiraz konusu hakkında da karar verir*". İtirazın konusu arama kararı alınması talebinin reddi olduğuna göre itiraz merci ret kararını yerinde görmediğinde arama kararı verecektir. CMK gereğince (m. 271/3, m. 271/4) bu karar mümkün olan en kısa süre içerisinde verilecek olup, kesinlik arz etmektedir.

D. İçişleri Bakanı

PVSK'da (m.9/1) önleme araması kararı alma yetkisi sulh ceza hâkimine, gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde ise mülki amire verilmiş olmakla beraber bazı durumlarda İçişleri Bakanı da arama kararı alma (arama emri verme) yetkisine sahip olabilir ve buna bağlı olarak arama kararı alabilir. PVSK'ya göre (m.22) "*bu kamunda yazılı vazife ve salâhiyetlerin yapılması ve kullanılması için en büyük mülkiye amirlerinin vereceği emirleri, Dâhiliye Vekili re'sen verebilir*".

Önleme araması kararı alma yetkisi PVSK'da yazılı olan salâhiyetler (yetkiler) arasında yer almakta, mülki amirler bu yetkiyi kullanarak arama emri verebilmektedir. Dolayısıyla Dâhiliye Vekili (İçişleri Bakanı) bu düzenleme gereğince arama kararı alma yetkisine sahiptir. İçişleri Bakanı aldığı arama kararının gereğinin yerine getirilmesine yönelik olarak arama emri verebilir.

¹¹³ 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri

Hakkında Kanun'a göre (m.10/2) "*iş durumunun gerekli kıldığı yerlerde birden fazla sulh ceza hâkimliği kurulabilir. Bu durumda sulh ceza hâkimlikleri numaralandırılır...*".

İçişleri Bakanı'nın arama kararı alma yetkisi mülkiye amirlerinin (vali ve kaymakamların) arama kararı verebileceği hâllerle sınırlıdır. PVSK'da (m.9/1) mülki amirlere ancak gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde arama kararı alma yetkisi verildiğinden, İçişleri Bakanı da ancak gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde arama kararı alabilecek ve polise önleme araması yapılması yönünde emir verebilecektir. Arama kararı alınması için sulh ceza hâkimliğine başvuruda bulunma bir emrin gereğinin yerine getirilmesi kapsamında olmadığından İçişleri Bakanı arama kararı alınması için arama talebiyle doğrudan sulh ceza hâkimliğine başvuramayacaktır. İçişleri Bakanı'nın böyle bir yetkisi yoktur.

PVSK'da İçişleri Bakanı'nın hangi hâllerde mülki amir tarafından verilecek emirleri verebileceğine (mülki amirin PVSK'ya göre sahip olduğu yetkileri kullanabileceğine) ilişkin kriterler belirlenmemiştir. Düzenlemenin bu hâli karşısında PVSK ile mülki amire verilen tüm yetkileri, uygun gördüğü her durumda İçişleri Bakanı'nın da kullanabileceği sonucuna ulaşılması ihtimal dâhilinde olmakla beraber İçişleri Bakanı bu yetkiyi her durumda kullanmamalıdır. Zira ilde valinin ilçede ise kaymakamın arama yapmanın gerekli olup olmadığı hususunda yapacağı değerlendirme ve alacakları karar daha isabetli olacaktır. Çünkü valiler ve kaymakamlar yer itibariyle sınırlı bir coğrafi alanda görev yapmaktadır. İçişleri Bakanı ise tüm ülke düzeyinde görevli bulunmaktadır. Görevli oldukları sınırlı coğrafi alanda halka daha yakın bir konumda bulduklarından ilde valinin ilçede ise kaymakamın bu yerlerde sunulması gereken kamu hizmetlerinin ve yerine getirilecek kolluk faaliyetlerinin neler olduğunu İçişleri Bakanı'ndan daha iyi bilmesi beklenir. Dolayısıyla İçişleri Bakanı'nın arama konusundaki yetkisini, mülki amirlerin sahip oldukları yetkileri (bunlar içerisinde arama kararı alma yetkisini) kasıtlı olarak veya ihmalde bulunmak suretiyle kullanmamaları ve kendilerine verilen emre rağmen arama kararı almaktan (arama emri vermekten) imtina etmeleri veya kendilerine ulaşamaması hâllerinde kullanmasının yerinde olacağını düşünmekteyiz.

V. KOLLUK AMİRİNİN ÖNLEME ARAMASINDA YETKİLİ OLUP OLAMAYACAĞI MESELESİ

PVSK'nın "önleme araması" başlıklı 9'uncu maddesinde polisin hâkim veya mülki amir kararı (emri) olmaksızın, doğrudan kolluk amirinin¹¹⁴ vereceği

¹¹⁴ CMK kapsamında arama emri verebilecek olan kolluk amirinin aramayı yapacak olan kolluk ekibi içerisinde bulunan en kıdemli kolluk görevlisi olduğu ifade edilmektedir (Cumhur

emirle önleme araması yapabileceğine ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak PVSK'nın "durdurma ve kimlik sorma" başlıklı 4/A maddesinde yer alan ifadelerden polisin doğrudan kolluk amirinin emriyle önleme araması yapabileceği sonucuna ulaşılması mümkün gözükmemektedir. PVSK'ya göre (m.4/A-6) "*polis, durdurduğu kişi üzerinde veya aracında silah veya tehlike oluşturan diğer bir eşyanın bulunduğu hususunda yeterli şüphenin varlığı halinde, kendisine veya başkalarına zarar verilmesini önlemek amacıyla yönelik gerekli tedbirleri alabilir. Bu amaçla kişinin üzerindeki elbisenin çıkarılması veya aracın, dışarıdan bakıldığında içerisi görünmeyen bölümlerinin açılması istenemez. Ancak, el ile dıştan kontrol hariç, kolluk amirinin kararı yirmi dört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Bu fıkra kapsamında yapılan araç aramalarına ilişkin olarak kişiye, arama gerekçesini de içeren bir belge verilir*".

Düzenlemede arama ifadesine yalnızca araç aramaları (aslında yapılması mümkün olmayan araç aramaları) bakımından yer verilmiş, bunun dışında polisin önleme araması yapma yetkisi bulunduğuna ilişkin açık bir ifade kullanılmamıştır. Bununla birlikte önleme araması düzenlemede bahsi geçen "gerekli tedbirler" arasında kabul edilebilecek ve polis durdurduğu kişinin silah veya başka bir tehlikeli eşya bulundurduğu şüphesi üzerine önleme araması yapabilecektir¹¹⁵. Durdurulan kişinin silah veya tehlikeli eşya bulundurması polisin karşı karşıya kalabileceği bir durum olup, böyle bir durumda silah veya tehlikeli eşya ancak arama yapılarak ortaya çıkarılabilecektir. Arama yapılmadığı takdirde polisin kendisini veya başkalarını koruması mümkün olmayabilecektir.

PVSK m.4/A-6 kapsamında yapılan bir arama PVSK m.9/1'e göre yapılan bir aramadan farklıdır. Zira PVSK m.4/A-6'ya dayanılarak yapılabilecek olan bir arama PVSK m.9/1'e göre alınan bir arama kararının icrası kapsamında yer almamaktadır. PVSK m.4/A-6'ya göre yapılan aramalarda hâkim veya mülki amir tarafından verilmiş bir arama kararına ihtiyaç bulunmamakta olup, doğrudan kolluk amirinin emri üzerine arama icra edilmektedir.

PVSK m.4/A-6 kapsamında yapılan bir aramanın PVSK m.9/1 ve diğer

Şahin/ Neslihan Göktürk, *Ceza Muhakemesi Hukuku I*, 12. Baskı, Seçkin Yayınevi, 2021, s. 325).

¹¹⁵Düzenlemede kolluk amirinin kararının hâkim onayına sunulacağıının öngörülmesi de polisin kolluk amirinin emriyle önleme araması yapabileceği düşüncemizi doğrulamaktadır. Zira Anayasa (m.20/2) gereğince yetkili merci tarafından verilen arama kararının daha sonra hâkim onayına sunulmasının gerekli olduğunu düşünmekteyiz.

kanunlar kapsamında yapılan aramalardan farklı olduğu, PVSK m.4/A-6 kapsamında olmayan aramalar için PVSK m.4/A-6'da yer alan hükümlerin değil, ilgili oldukları kanunda bu aramalar için öngörülen hükümlerin uygulanacağı PVSK m.4/A-7'de yer alan düzenlemeden de anlaşılmaktadır. PVSK'ya göre (m.4/A-7) *“bu Kanun ve diğer kanunların verdiği görevlerin yerine getirilmesi sırasında, polis tarafından gerekli işlemler için durdurulan kişiler ve araçlarla ilgili hükümler saklıdır”*.

PVSK m.4/A'da belirtilmemiş olsa da kolluk amiri ancak gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde arama emri verebilir. Böyle bir hâl söz konusu değilse arama kararının hâkim tarafından verilmesi gerekir. Ayrıca kolluk amirinin verdiği emrin yazılı olması gerekir. Zira Anayasa'da (m.20) aramanın hâkim kararıyla yapılacağı, kanunla yetkilendirilmiş merciin ancak gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde arama emri verebileceği ve bu emrin yazılı olacağı öngörülmüştür. Nitekim Anayasa Mahkemesi PVSK m.4/A-7'de kolluk amirine gecikmesinde sakınca bulunmaksızın ve acele durumlarda yazılılık şartı aranmaksızın (sözlü olarak) arama emri verme yetkisi tanıyan hükmü Anayasa gereğince (m.20) gecikmesinde sakınca bulunmayan hâllerde arama kararının ancak hâkim tarafından verilebileceği, usulüne uygun olarak verilmiş hâkim kararı olmaksızın başka bir merci tarafından verilen kararla arama yapılamayacağı, gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde ise arama kararı vermeye yetkili merciin kararının ancak yazılı olabileceği (sözlü olamayacağı) gerekçeleriyle Anayasa'ya aykırı bularak iptal etmiştir¹¹⁶.

PVSK m.4/A'ya göre önleme araması yapılması¹¹⁷ PVSK m.9/1'den farklı olarak polisin asayiş uygulamaları sırasında (örneğin polisin kişiler hakkında yakalama kararı bulunup bulunmadığını, on sekiz yaşından küçüklerin evlerinden kaçıp kaçmadıklarını, bunların girmelerinin yasak olduğu yerlere girip girmediklerini, kayıp olan ve korunmaya muhtaç kişilerin bulunup

¹¹⁶ PVSK m.4/A-7'de yer alan düzenlemenin iptal edilen bölümünde şu ifadeler yer almaktaydı: *“...kişinin üstü ve eşyası ile aracının dışarıdan bakıldığında içerisi görünmeyen bölümlerinin aranması; İçişleri Bakanlığı tarafından belirlenecek esaslar dâhilinde mülki amirin görevlendireceği kolluk amirinin yazılı, acele hâllerde sonradan yazıyla teyit edilmek üzere sözlü emriyle yapılabilir...”*. (Anayasa Mahkemesi, 04/05/2017, Esas 2015/41, Karar 2017/98, Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası).

¹¹⁷ PVSK'da (m.4/A-6) yer alan bu düzenlemeyle kolluğa arama yapma yetkisi verilmesinin sebebinin durdurma ve kimlik sormanın sorunsuz bir şekilde yapılmak istenmesi olduğu ifade edilmekte (Cumhur Şahin, s. 437), kontrol noktaları kurulmak suretiyle yapılan aramalar önleme araması olarak kabul edilmektedir (Özbek/ Bacaksız, s. 152).

bulunmadığını tespite yönelik kontrollerinde) söz konusu olacaktır¹¹⁸. PVSK m.4/A sayesinde polis, PVSK m.9 gereğince alınmış bir önleme araması kararı olmasa da arama yapabilecektir.

PVSK m.4/A kapsamında polis ancak üst ve eşya araması¹¹⁹ yapabilir. Polisin araçta arama yapması mümkün değildir. Zira PVSK gereğince (m.4/A-6) “*aracın, dışarıdan bakıldığında içerisi görünmeyen bölümlerinin açılması istenemez*”. Bir aracın dışarıdan bakıldığında içerisi görünmeyen bölümleri (örneğin aracın bagajı, torpido gözü, kolçak gibi aracın eşya koymaya yarayan ve kapalı bulunan bölümleri, koltukların altı) ancak arama yapılması hâlinde görünür hâle gelebilir. Polisin bu bölümlerin açılmasını isteyememesi araçta arama yapamayacak olması anlamına gelmektedir.

Polise araç araması yapma yetkisi verilmemiş olmakla birlikte düzenlemede “*bu fıkra kapsamında yapılan araç aramalarına ilişkin olarak kişiye, arama gerekçesini de içeren bir belge verilir*” şeklinde bir ifadeye yer verilmesi çelişki arz etmektedir. Yapılması mümkün olmayan bir arama için belge verilmesi söz konusu olamaz. Dolayısıyla bahsi geçen ifadenin kanun metninden çıkarılması gerekmektedir.

Polisin araç aramasından farklı olarak üst araması yapma yetkisi bulunmakla beraber polis bu yetkisini ancak düzenlemede belirlenen sınırlama dâhilinde kullanabilir. Düzenlemede üst araması bakımından getirilen sınırlama, kişinin üzerindeki elbisesi çıkarılmak suretiyle arama yapmanın yasak olmasıdır. Üst araması yapılması sırasında kişinin elbisesinin çıkarılması şart değildir. Elbise çıkarılmadan da üst araması yapılabilir. Dolayısıyla PVSK m.4/A kapsamında kişiler elbiseleri çıkartılmadan aramaya tabi tutulabilirler.

Düzenlemede açıkça belirtilmese de kişinin taşımakta bulunduğu (yanında bulundurduğu) eşyanın (örneğin çantasının, valizinin, elinde bulundurduğu poşetinin) da aranması mümkündür. Zira eşya araması düzenlemede bahsi geçen “*gerekli tedbirlerden*” birisi olarak kabul edilmelidir. Silah veya diğer bir tehlikeli eşya kişinin taşımakta olduğu (yanında bulundurduğu) eşyası

¹¹⁸ PVSK m.4/A'da yer verilen durdurma sebeplerinden yola çıkarak bu örnekler verilmiştir. PVSK'ya göre (m.4/A-1) “*polis, kişileri ve araçları; a) Bir suç veya kabahatin işlenmesini önlemek, b) Suç işlendikten sonra kaçan faillerin yakalanmasını sağlamak, işlenen suç veya kabahatlerin faillerinin kimliklerini tespit etmek, c) Hakkında yakalama emri ya da zorla getirme kararı verilmiş olan kişileri tespit etmek, ç) Kişilerin hayatı, vücut bütünlüğü veya malvarlığı bakımından ya da topluma yönelik mevcut veya muhtemel bir tehlikeyi önlemek amacıyla durdurabilir*”.

¹¹⁹ Üst ve eşya aramasının icra edilmesi ile ilgili olarak bkz. AÖAY, m.28.

içinde saklı bulunduğu bunların verebileceği zarardan korunmak ancak eşyanın aranmasıyla mümkün olacaktır.

VI. POLİSİN DOĞRUDAN ARAMA YAPIP YAPAMAYACAĞI MESELESİ

PVSK m.9/1’de önleme aramasının sulh ceza hâkiminin kararıyla, gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde ise mülki amirin kararıyla (emriyle) yapılacağı hükmüne yer verilmekle birlikte PVSK m.9/7’de polisin hâkim, mülki amir veya kolluk amiri kararı bulunması gerekmez, tehlikenin önlenmesi veya bertaraf edilmesi amacıyla güvenliğini sağladığı bina ve tesislere gelenlerin üstünü, aracını ve eşyasını aramasına izin verilmiştir. Bu düzenlemeye göre polis söz konusu yerlerde doğrudan arama yapma yetkisine sahiptir.

Polisin güvenliğini sağladığı yerlere girenleri doğrudan arayabilmesi gerekli olmakla beraber bu durum Anayasa’ya (m.20) aykırılık teşkil etmektedir¹²⁰. Zira Anayasa’da hâkim kararı veya kanunla yetkili kılınmış merciin emri bulunmaksızın da arama yapılabileceği öngörülmemiştir. Bunun öngörülmemesi Anayasa’da sürekli olarak arama yapılabilecek hâller belirlenerek bu hâllerde karar olmaksızın arama yapılabileceğine ilişkin istisnai bir usule yer verilmemesi olarak ifade edilmekte¹²¹, kanunla arama kararı (hâkim ve yetkili merci kararı) alınmasını gerektirmeyen “arama hâlleri kategorisi” oluşturulmasının Anayasa’ya aykırı olduğu belirtilmektedir¹²².

Bizzat polis tarafından güvenliği sağlanan bina ve tesisler dışarıdan ciddi saldırılara uğrama tehdidinin daha fazla olduğu, bu tehdidin aniden ortaya çıkabildiği ve bazı dönemlerde bariz olduğu yerlerdir. Dolayısıyla bu yerler polis tarafından, sürekli olarak korunmaktadır. Bahsi geçen yerlere TBMM yerleşkesi, Cumhurbaşkanlığı Külliyesi, adliyeler, valilik binaları, kaymakamlık binaları, emniyet müdürlüğü binaları ve karakollar örnek gösterilebilir. Polis söz konusu yerlere gelenlerin tehlike arz etme ihtimalleri karşısında x-ray cihazı ve detektörlerden faydalanarak güvenliği sağlayabilir. Nitekim PVSK m.9/7’de polisin sayılan yerlerde teknik cihazlarla kontrol etme yetkisine sahip olduğu açıkça düzenlenmiştir. Ancak bu araçlarla güvenliğin sağlanmasında yetersiz kalılabileceği hâller ortaya çıkabilir. Böyle hâllerde

¹²⁰ Aynı yönde görüş için bkz. Eryılmaz, s. 31.

¹²¹ Centel/ Zafer, s. 420. Ayrıca bkz. Zafer, s. 1591.

¹²² Ahmet Kılıç, s. 409.

arama mutlaka başvurulması gereken bir tedbir hâline gelebilir. Örneğin korunmakta olan yerlere girmek isteyen kişilerin saldırıda bulunacağı şüphesi uyandıran davranışlar sergilediği hâllerde, terör saldırılarının gerçekleşme ihtimaline yönelik istihbarat alınan durumlarda veya terör saldırılarının arttığı dönemlerde bu yerlerin güvenliğinin sağlanmasında polis arama yapmayı mutlaka başvurusu gereken bir tedbir olarak görebilir.

Polisin güvenliğini sağladığı yerlerde soyut tehlikenin daima var olması¹²³, dolayısıyla aramanın her an başvurulması gereken bir tedbir niteliğine sahip bulunması ve bazı dönemlerde arama yapma gereğinin bariz şekilde ortaya çıkması karşısında bu yerlerde arama yapılıp yapılmayacağına bizzat kolluk personeli olarak polis karar verebilmelidir. Düzenleme buna izin veriyor olması itibariyle yerindedir. Buralarda arama yapılabilmesi için hâkim, mülki amir veya kolluk amirinin kararının gerekli görülmesi anlamsızdır. Korunan yerlerin niteliği sebebiyle daima var olan arama sebeplerinin oluşup oluşmadığına ilişkin olarak ayrıca hâkim, mülki amir veya kolluk amiri tarafından değerlendirmede bulunulmasına ve arama kararı alınmasına gerek yoktur. Dolayısıyla PVSK'da (m.9/7) polisin doğrudan arama yapabileceğini öngören düzenlemenin Anayasa'ya uygun hâle gelmesi için Anayasa'da (m.20) yapılacak bir değişiklikte, açıkça kolluğun (polisin) doğrudan arama yapabileceği öngörülmesi ve doğrudan arama yapılabilecek tüm hâller kanunla belirlenmelidir.

SONUÇ

Önleme araması yapma kişilerin can ve mal güvenliğini sağlamakla görevli olan polisin başvurabileceği yöntemler arasında yer almaktadır. Kişilerin saklı durumda bulundukları şeylerle başkalarına zarar verme tehlikesi arz etmeleri durumunda önleme araması yapılması kaçınılmaz olabilmektedir. Böyle hâllerde polis, mevzuatta öngörülen şartlar doğrultusunda alınmış bir arama kararı üzerine önleme araması yapabilmektedir.

Önleme araması kararı alma yetkisinin anayasal dayanağı Anayasa'nın 20'nci maddesidir. PVSK'ya göre yapılacak aramalarda esas itibariyle Kanun'un 9'uncu maddesi önleme aramasının yasal dayanağını oluşturmaktadır. Önleme aramasına karar verme yetkisi kural olarak sulh ceza hâkimine aittir. Sulh ceza hâkimi mülki amirin kendisinden talepte bulunması hâlinde önleme araması yapılmasına karar verebilmektedir.

¹²³ Soyut tehlike nitelendirmesi ile ilgili olarak bkz. Centel/ Zafer, s. 420; Zafer, s. 1590-1591.

Sulh ceza hâkiminin arama ile ilgili verdiği karar yargısal bir karardır. Dolayısıyla hâkimin arama talebinin reddine karar verilmesi hâlinde bu karara (söz konusu yargısal karara) karşı CMK gereğince itirazda bulunulabilecektir. İtirazın kabul edilmesi hâlinde itiraz merci tarafından arama yapılmasına karar verilecek, böylece itiraz merci arama kararı alma yetkisini kullanmış olacaktır.

Arama kararı alma yetkisinin sulh ceza hâkimine verilmesi kuvvetler ayrılığı ilkesine aykırı değildir. Yargının bağımsız ve tarafsız olduğu bir sistemde arama kararı alma yetkisinin “sahip olduğu yetkiler itibariyle kişiler karşısında güçlü konumda bulunan” yürütmeye (idareye) değil de yargıya verilmesi kuvvetler arasında bir dengesizlik oluşturmayacaktır. Ayrıca hâkim tarafından arama kararının alınmasına esas teşkil eden belirlemelerin idare tarafından yapılması idarenin iradesinin arama kararı alınmasında tamamen saf dışı bırakılmasına neden olmayacaktır.

Gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde mülki amir arama kararı almaya yetkili hâle gelebilmektedir. Mülki amir tarafından alınan arama kararının hâkim onayına sunulması gerekmektedir. PVSK’ya göre İçişleri Bakanı da mülki amirin sahip olduğu yetkileri kapsamında arama kararı alma yetkisine sahiptir. Ancak İçişleri Bakanı’nın mülki amirin bir an önce arama kararı alması gerektiği hâlde bu kararı almaması, kendisine bu yönde verilen emre uymaması şeklinde ortaya çıkabilecek zorunlu hâllerde bu yetkisini kullanması yerinde olacaktır.

PVSK’da polise, tehlikenin önlenmesi veya bertaraf edilmesi amacıyla güvenliğini sağladığı bina ve tesislerde arama yapmanın gerekli olduğu hâller dışında doğrudan (herhangi bir karara ihtiyaç duymaksızın) arama yapma imkânı tanıyan bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Polisin sürekli olarak güvenliğini sağladığı bina ve tesislerde doğrudan arama yapabilmesi gerekli olmakla beraber PVSK’nın polise doğrudan arama yapma yetkisi veren düzenleme Anayasa’ya aykırılık teşkil etmektedir. Zira Anayasa’da doğrudan arama yapılabileceği öngörülmemiştir. Dolayısıyla bu husus da göz önünde bulundurularak Anayasa’da aramanın düzenlendiği 20’nci madde değiştirilmeli, bu değişiklik kapsamında doğrudan da arama yapılabileceği öngörülmeli, doğrudan aramanın hangi şartlarla yapılabileceği belirlenmeli, önleme aramasına ilişkin hükümler içeren kanunlarda Anayasa’yla belirlenen şartlara uyulmak suretiyle doğrudan arama yapılabilecek hâller düzenlenmelidir. Polisin ne zaman yapılacağı önceden belli olan faaliyetler (planlı faaliyetler) öncesinde arama yapabilmesinin ancak hâkim kararıyla, gecikmesinde sakınca

bulunan hâllerde ise mülki amirin kararıyla (yazılı emriyle) mümkün olması önemli ve gerekli bir güvencedir. Ancak arama yapma gereği her zaman planlı faaliyetler kapsamında ortaya çıkmayabilir. Polisin önceden planlı etkinlikler ile ilgili olmayan hâllerde de önleme araması yapması gerekebilir. PVSK'nın 4/A maddesinde, aramaya ilişkin olarak katı bir şekilde hâkim veya mülki amir kararı alınması gereği biraz olsun yumuşatılarak, sulh ceza hâkimi veya mülki amir kararıyla yapılan aramalar dışında da arama yapabileceği düzenlenmiştir. Düzenlemede polisin çeşitli sebeplerle durdurduğu kişileri arayabileceği öngörülmüştür. Ancak bunun da kolluk amirinin kararı üzerine yapılabileceği ve (açık bir şekilde ifade edilmese de) araç aramasını kapsamadığı kabul edilmiştir. Bu maddeye göre yapılan aramaların da hâkim onayına sunulması şart koşulmuştur. Kolluk amirinin kararının hâkim onayına sunulması düzenlemenin Anayasa'ya uygunluğunu sağlamaktadır. Fakat arama yapmak için her zaman, kolluk amiri de dâhil olmak üzere herhangi bir makamdan arama kararı alınması mümkün olmayabilir. Çünkü polisin her durdurma sırasında arama yapması gerektiğine ilişkin emarelerin önceden ortaya çıkması, arama gereğinin önceden öngörülmesi mümkün değildir. Polisin arama yapma gereği aniden de ortaya çıkabilir. Örneğin trafik kontrollerinde, genel asayişini sağlamaya yönelik faaliyetler sırasında rastgele kişilerin durdurulması sırasında, küçüklerin ve yardıma muhtaç kimselerin ailelerine teslimi için yapılan kimlik kontrollerinde arama yapılması gerekli olabilir. Dolayısıyla öncelikle Anayasa'da yapılacak değişiklik ve bu değişiklik doğrultusunda PVSK'da yapılacak bir düzenlemeyle polisin aniden ortaya çıkan bir gereklilik kapsamında doğrudan kişilerin üstlerini, eşyalarını ve araçlarını arayabilmesi mümkün kılınmalı, doğrudan yapılan aramaları kaydetmek üzere bir elektronik sistem kurulmalı, arama yapıldığı takdirde bu durum söz konusu sisteme kaydedilmeli ve sistemdeki bilgiler mülki amirliğe sunulmalıdır. Aramaya tabi tutulan kişilerin arama faaliyetinin hukuka aykırı olduğunu düşünmeleri ve idari ya da yargısal yolla arama faaliyetinin hukuka uygunluk denetimine tabi tutulmasını istemeleri hâlinde arama yapıldığını gösteren kayıt kendilerine verilmelidir.

KAYNAKÇA

- Akdemir M, *Türk Hukukunda Önleyici Arama*, Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2018.
- Akyılmaz B, “Tarihi Gelişim İçinde ve Özellikle Montesquieu’de Kuvvetler Ayrılığı”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1995, s. 43-60.
- Akyılmaz B/ Sezginer M/ Kaya C, *Türk İdare Hukuku*, 17. Baskı, Seçkin Yayınevi, 2023.
- Aldemir H, *Adli-Önleme Arama ve El Koyma*, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, 2018.
- Alpsoy Z, *Önleme Araması*, Adalet Yayınevi, 1. Baskı, 2019.
- Aydın M, *Arama ve El Koyma*, 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, 2012.
- Bakım S, “Arama”, *Legal Hukuk Dergisi*, 14(164), 2016, s. 4161-4207.
- Bilen M, *Adli Arama ve Önleme Araması*, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2006.
- Centel N/ Zafer H, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 13. Baskı, Beta Yayınevi, 2016.
- Çağlayan R, *İdare Hukuku Dersleri*, 11. Baskı, Adalet Yayınevi, 2023.
- Çamlıbel C, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Ülkemizde Arama Hukuku”, *Polis Dergisi*, (36), 2003, s. 325-335.
- Çınar M. F, “Kuvvetler Ayrılığı İlkesi ve Anayasa Mahkemesinin Yorumu (Karşılaştırmalı Anayasa İncelemesi)”, *IBAD Sosyal Bilimler Dergisi*, (5), 2019, s. 89-100.
- Doğan D. Ç, “Ceza Muhakemesinde Adli Arama”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, (92), 2011, s. 157-180.
- Eren İlbay B, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Önleme Araması*, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Bilgi Üniversitesi Lisansüstü Programlar Enstitüsü, 2021.
- Eryılmaz B, *Önleme Araması*, ‘5681 Sayılı Kanun İle Polis Vazife ve Salâhiyet Kanunundaki Değişiklikler Sonrası Oluşan Yeni Durum: Bir Adım İleri, İki Adım Geri’, iç *Polise Görev, Yetki ve Sorumluluk Veren Mevzuat Uygulamalarına İlişkin Eğitim Projesi (MUYEP) Tebliğleri II*, Ankara,

2008, s. 17-38.

Fendoğlu H. T, *Türk Anayasa Hukukunda Yargının Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı*, Yetkin Yayınevi, 2010.

Gökçen A/ Balcı M/ Alşahin M. E/ Çakır, K, *Ceza Muhakemesi II*, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, 2018.

Gözler K, *Türk Anayasa Hukuku*, 2. Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2018 (Anayasa).

Gözler K, *İdare Hukuku Cilt 1*, 3. Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2019 (İdare).

Gül Y. E, "PVSK'da Önleme Araması ve Durdurma", *İstanbul Barosu Dergisi*, 92(3), 2018, s. 218-238.

Günday M, *İdare Hukuku*, 11. Baskı, İmaj Yayınevi, 2017.

Gündoğan K/ Koç C/ Özbudak C, *Kolluğun Önleyici ve Adli Görevleri*, Sözkese Matbaası, 8. Baskı, 2013.

Gümüşay M, *Anayasa Değişiklikleri Işığında Arama Hukuku*, Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2004.

Güven F, *Önleyici Güvenlik Hizmeti Olarak Polisin Kimlik Sorma ve Önleme Arama Yetkisi*, Yüksek Lisans Tezi, Gaziantep Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2014.

Karatepe Ş, *İdare Hukuku*, 4. Baskı, Akademi Kitabevi, 1995.

Kaygusuz Z, "Önleme Araması", *Polis Dergisi*, (38), 2004, s. 420-446.

Kazaker G, "Adli Arama", *Ceza Hukuku Dergisi*, (27), 2015, s. 145-168.

Kaçar Kızıler, G, *Hukuk Devleti Anlayışında Yargı Erkinin Olan ve Olması Gereken Konumu*, Yüksek Lisans Tezi, Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2010.

Kılıç A, "Üst ve Eşya Aramasına İlişkin Düzenlemelerin Anayasa'ya Uygunluğu", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, (56), 2023, s. 403-420 (Ahmet Kılıç).

Kılıç E, *Türk Hukukunda Adli ve İdari Aramalar*, Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2004, <<https://dspace.ankara>.

edu.tr/items/5c122a96-83dc-42a1-a147-7c126ba199a0>, Erişim Tarihi 1 Kasım 2023. (Ergin Kılıç).

- Kuru B, *Nizasız Kaza*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1961.
- Özbek V. Ö/ Bacaksız P, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Arama”, *Ceza Hukuku Dergisi*, (1), 2006, s. 145-206.
- Özbek V. Ö, ‘Önleme Araması’, iç *Polise Görev, Yetki ve Sorumluluk Veren Mevzuat Uygulamalarına İlişkin Eğitim Projesi (MUYEP) Tebliği II*, 2008, s. 67-92.
- Özbudun E, *Türk Anayasa Hukuku*, 16. Baskı, Yetkin Yayınevi, 2016.
- Sapan O, “Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Cumhuriyet Savcısı veya Kolluk Amiri Tarafından Verilen Adli Arama Kararının Hâkim Onayına Sunulması”, *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 8(1), 2022, s. 93-106.
- Sırma Ö, “Güncel Olaylar Çerçevesinde 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda Arama”, *Terazi Hukuk Dergisi*, (34), 2009, s. 29-39.
- Şahin C, “Adli Aramaya ve Önleme Aramasına Dair Bazı Tespit ve Değerlendirmeler” *Yargıtay Dergisi*, 44(3), 2018, s. 433-456 (Cumhur Şahin).
- Şahin C/ Göktürk N, *Ceza Muhakemesi Hukuku I*, 12. Baskı, Seçkin Yayınevi, 2021.
- Şahin M, *Önleme Araması*, Yüksek Lisans Tezi, Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2021 (Merve Şahin).
- Tanör B/ Yüzbaşıoğlu N, *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, 17. Bası, Beta Yayınevi, 2018.
- Teziç E, *Anayasa Hukuku*, 21. Baskı, Beta Yayınevi, 2017.
- Ulusoy A. D, *Türk İdare Hukuku*, 6. Baskı, Yetkin Yayınevi, 2023.
- Uyar C, *Kuvvetler Ayrılığı İlkesi Açısından Yürütme ve İdari Yargı*, Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2011.
- Uyumaz M, *Noterlerin Çekişmesiz Yargı İşleri*, 1. Baskı, Yetkin Yayınevi, 2022.

- Ünver Y/ Hakeri H, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 19. Baskı, Adalet Yayınevi, 2022.
- Üzeltürk S, *1982 Anayasası ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesine Göre Özel Hayatın Gizliliği Hakkı*, 1. Baskı, Beta Yayınevi, 2004.
- Yalçın H, *Önleme Araması*, Yüksek Lisans Tezi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2010.
- Yavuz B, *Türkiye'de Yargı Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı*, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, 2012.
- Yenisey F, *Kolluk Hukuku*, 2. Baskı, Beta Yayınevi, 2015.
- Yıldız A. K, "Mevzuatımızdaki Son Değişiklikler ve Özellikle Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği Çerçevesinde Arama ve Uygulanması", *Polis Dergisi*, (36), 2003, s. 251-259.
- Yılmaz Y, "Bir Ceza Muhakemesi Hukuku İşlemi Olarak Adli Arama", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, (124), 2016, s. 247-304.

Hukuk Fakültesi Dergisi
Ankara Hacı Bayram Veli University
Faculty of Law Review

ISSN: 2651-4141 e-ISSN: 2667-4068
Cilt/Volume XXVIII Temmuz/July 2024 Sayı/No. 3

BİR İNFAZ SİYASETİ OLARAK TOPLUMLA YENİDEN BÜTÜNLEŞTİRME

REINTEGRATION AS A POLITICS OF CRIMINAL EXECUTION LAW

Funda KAYA BOZOK*  

ÖZET

Çağdaş infaz anlayışı, özgürlükten yoksun bırakılmayı bir ceza olmanın ötesinde görmekte ve cezanın, cezalandırılan kişiyi üretken bir vatandaş olmaya hazırlamadaki rolüne odaklanmaktadır. Bu anlayış ile toplumla yeniden bütünleştirme bir infaz politikası olarak benimsenmektedir. Yasal bağlayıcılığı olan uluslararası insan hakları sözleşmelerinin yanı sıra suçun önlenmesi ve ceza adaleti alanındaki Birleşmiş Milletler standartları da bu hususu açıkça kabul etmekte ve daha fazla suç işlenmesini önlemenin ve toplumu korumanın bir yolu olarak hükümlülerin toplumla yeniden bütünleşmesini destekleyecek adımların önemini vurgulamaktadır. Bu bağlamda benimsenen toplumla yeniden bütünleştirme, esas itibarıyla devletin görevidir. Başka bir ifadeyle devlet tarafından hükümlülere tanınan bir lütf değildir. Nitekim devletin cezalandırma yetkisi beraberinde toplumla yeniden bütünleştirme yükümlülüğünü de getirmektedir. Yapılan bu çalışma ile hükümlülerin çoğunun topluma bir gün geri döneceği dikkate alınarak devletin gerek tahliye öncesi gerek sonrası hükümlüleri toplumla yeniden bütünleştirme yükümlülüğü ele alınmıştır. Teorik açıklamalarla birlikte başarılı devlet uygulamaları da incelenerek konunun somutlaştırılması amaçlanmıştır.

Anahtar Kelimeler: İnfaz siyaseti, Devletin cezalandırma yetkisi, Toplumla yeniden bütünleştirme yükümlülüğü, Hapis cezası, Ceza infaz kurumları.

* Dr. Arş. Gör., Abant İzzet Baysal Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı/Bolu, E-posta: fundakayabozok@gmail.com, ORCID: 0000-0002-1250-8325, DOI: 10.34246/ahbvuhfd.1426835.

- Atıf Şekli/ Cite As: Kaya Bozok F, "Bir İnfaz Siyaseti Olarak Toplumla Yeniden Bütünleştirme", *AHBVÜ Hukuk Fakültesi Dergisi*, 28(3), 2024, s. 461-500.
- İntihal / 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.



ABSTRACT

The contemporary understanding of execution sees deprivation of liberty as more than a punishment and focuses on the role of punishment in preparing the punished person to become a productive citizen. With this understanding, reintegration with society is adopted as an execution policy. Legally binding international human rights conventions as well as United Nations standards in the field of crime prevention and criminal justice explicitly recognise this point and emphasise the importance of steps to support the reintegration of convicts into society as a means of preventing further offending and protecting society. Reintegration, which is adopted in this context, is essentially the duty of the state. In other words, it is not a favour granted to convicts by the state. As a matter of fact, the state's authority to punish brings with it the obligation to reintegrate with society. With this study, the obligation of the state to reintegrate the convicts into the society both before and after release has been discussed, taking into account that most of the convicts will return to the society one day. It is aimed to concretise the subject by examining successful state practices together with theoretical explanations.

Keywords: Execution policy, State's authority to punish, Obligation to reintegrate into society, Imprisonment, Penal institutions

EXTENDED ABSTRACT

Execution policy is the strategies created to determine the methods of execution of penal sanctions and the goals to be achieved through execution, and to determine which means and how to use them to achieve these goals. The contemporary understanding of execution is based on the principle that convicts are the subjects of fundamental rights and in this context they have the right to reintegrate into society. The aim of the execution policy is to reintegrate the convict into society and to ensure that he/she is predisposed to lead a crime-free life by obeying the law. Therefore, reintegration into society is one of the main principles adopted in the execution policy. The fact that deprivation of liberty is more than a punishment depends on the adoption of this principle.

As the only institution with the authority to punish, the state punishes the offender in order to restore the legal order that has been disrupted by the commission of the crime and to protect society. However, the responsibility of the state does not end with this punishment. The state has ongoing obligations towards the offender during and after the execution of the punishment. In other words, the power to punish imposes certain duties on the state that require it to be active. The most important of these is the reintegration of convicts into society as law-abiding and productive citizens. In this case, it is possible to conclude that reintegration into society is a natural consequence and complement to the state's power to punish.

Community reintegration refers to a long process that starts with the admission of the convict to the penal institution and continues after his/her release. The programs,

assistance and protection activities implemented before and after release support each other. In the process that starts with admission to the penal institution, the convict must first be recognized, classified and individualized programs must be organized. Before release, especially therapy, education and work programs come to the fore. After release, it is important to solve the problem of finding a job and housing for the convict. However, it should be noted that there are numerous obstacles to reintegration into society and it is often not possible to overcome them.

Efforts to reintegrate the convicts into the society with the effect of contemporary execution approach are seen in many states. In Turkish Law, reintegration of convicts with the society both before and after release is regulated in the on the Execution of Criminal and Security Measures Code numbered 5275, the Regulation on the Administration of Penal Execution Institutions and the Execution of Criminal and Security Measures, Probation Services Code numbered 5402, the Regulation on Probation Services and other relevant legislation by adopting the concept of "improvement". However, it is not possible to say that Turkey has been successful in this regard due to many reasons such as overcrowding of penal institutions, short-term imprisonment sentences, lack of sufficient budget for reintegration into society, lack of trained personnel, lack of effective post-release protection and supervision.

On the other hand, Norway, which is known for its low incarceration rate and strong welfare system, Canada, which attaches importance to the active participation of society in the reintegration process, Japan, which adopts the goal of becoming the safest country in the world with its decreasing incarceration rate and "no return to crime, no facilitation of return to crime" approach, and Germany, which has constitutionally guaranteed the right to resocialization, which is a requirement of the principle of social state, are states that have achieved a certain standard and success with their understanding and practices of reintegration into society. Within the scope of the study, these state practices are discussed as examples. It is especially important to try to include modern technology in the training and employment of convicts.

Although imprisonment is still the most commonly used type of sanction today and this sanction is expensive and insufficient for the purposes it wants to achieve, the importance of reintegration into society is felt more today. The overcrowding in prisons, which is a common problem for many states, requires the adoption of reintegration with society as an execution policy as an urgent need, considering that more and more convicts will one day return to society.

GİRİŞ

“Suç üstüne suç ve ceza üstüne ceza, ayağı bir kez kayanın kaçınılmaz kaderi gibi görünüyor. Bu gidişatı durdurmak için hiçbir şey yapılamaz mı?”

Frederic Rainer (1876)

Günümüzde suç karşılığında öngörülen yaptırımlarda alternatif arayışlar söz konusu olsa da hapis cezası, temel yaptırım olma özelliğini devam ettirmektedir. Bununla birlikte hapis cezası, temel hak ve özgürlüklere ciddi bir müdahale olduğu için son başvurulacak yaptırım olarak düşünülmelidir. Özgürlükten yoksun bırakma ancak zorunlu hallerde uygulanması gereken ceza veya tedbir olmalıdır¹. Hapis cezasının ve infazın amacı, öncelikle toplumu suça karşı korumak ve yeniden suç işlemeyi azaltmaktır. Bu amaçlara ancak hapis cezasının, mümkün olduğunca, hükümlülerin salıverildikten sonra kanunlara saygılı ve kendi geçimlerini sağlayabilecekleri bir yaşam sürdürebilmeleri için toplumla yeniden bütünleşmesini sağlamak üzere kullanılması halinde ulaşılabilir.

Başarılı bir infaz rejimi; hürriyeti bağlayıcı cezanın, kişiyi özgür toplumdan tamamen koparan, onun kişisel ve duygusal tüm bağlarını ortadan kaldıran yönleriyle mücadele etmeyi ve bununla birlikte toplumla yeniden bütünleştirmeye yönelik çabaları benimsemeyi gerektirir². Toplumla yeniden bütünleştirme, hükümlülerin haklarının korunması ve cezalarının insan onuruna uygun bir şekilde çektirilmesi için benimsenen infaz siyasetinin temel prensiplerinden biridir.

I. GENEL OLARAK TOPLUMLA YENİDEN BÜTÜNLEŞTİRME

Hükümlülerin toplumla yeniden bütünleşmesi, çok çeşitli sosyal ve hükümet ağları ile programlarına dokunan çok yönlü bir konudur³. Bu bağlamda

¹ “Kanunla düzenlenen bir usule uygun olması ve başvuru son tedbir olarak uygulanması dışında hiçbir kimsenin özgürlüğünden yoksun bırakılmayacağını vurgulayarak;” Bkz. Avrupa Cezaevi Kuralları Giriş Kısmı Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin Üye Devletlere, Cezaevinin Aşırı Kalabalıklaşması Ve Cezaevi Mevcudu Enflasyonu Hakkındaki R (99) 22 Sayılı Tavsiye Kararı m. 1: “Özgürlükten mahrumiyet bir ceza veya tedbir önlemi olarak en son başvuru yeri olarak düşünülmeli ve bu nedenle yalnızca suçun ağırlığının başka bir tedbir veya cezayı açıkça yetersiz hale getirdiği durumlarda kullanılmalıdır.”

² Emilio Dolcini, “Ceza İnfazı Meselesi: Bir Ceza Hukukçusu Gözüyle Ara Bilanço”, Çev. Duygu Çağlar Doğan, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2016, s. 3359; Erdal Yerdener, *Türk Ceza Hukuku Yaptırımları ve İnfazı*, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, 2021, s. 327.

³ Nathan James, *Offender Reentry: Correctional Statistics, Reintegration Into Community and*

toplumla yeniden bütünleştirme, hükümlülerin güvenli bir şekilde topluma dönmeleri ve kanunlara saygılı vatandaşlar olarak yaşamaya hazırlanmaları için yürütülen tüm faaliyetleri ve programları kapsamaktadır⁴.

Toplumla yeniden bütünleştirme, devletlerin infaz siyasetini belirlerken dikkate aldıkları Mahpuslara Muameleye Dair Birleşmiş Milletler Asgari Standart Kuralları (Mandela Kuralları)⁵ ve Avrupa Cezaevi Kurallarında (ACK) temel bir ilke olarak düzenlenmiştir. Avrupa Cezaevi Kuralları'nın 6. maddesinde “*Bütün alıkonma biçimleri, özgürlüğünden yoksun bırakılan kişilerin özgür toplumla yeniden bütünleşmelerini kolaylaştıracak şekilde düzenlenme*”si gerektiği belirtilmiştir. Ayrıca ACK m. 102’de, “*hükümlülere uygulanan rejim, onların sorumlu ve suçtan uzak duran bir yaşama yönelmelerini mümkün kılmak için tasarlanma*”sı öngörülmüştür. Mandela Kurallarının 4. maddesine göre, “*Hapis cezasının ya da kişinin özgürlüğünü kısıtlayan benzer tedbirlerin amacı, öncelikle toplumu suça karşı korumak ve suçun tekrarını azaltmaktır. Ancak bu amaçlar, eğer hapislik dönemi, bu kişiler tahliye olduklarında mümkün olduğunca topluma yeniden uyumlarını sağlayacak biçimde kullanılırsa başarılabilir; böylece yasalara uymaları ve kendi yaşamlarını sürdürmeleri sağlanabilir.*” Ayrıca Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin m. 10/3’te infaz sisteminin, hükümlüleri “*iyileştirme ve toplumsal rehabilitasyonlarını sağlama gibi temel amaçlar*”ı olduğu düzenlenmiştir.

Toplumla yeniden bütünleştirme doktrinde; yeniden sosyalleştirme, topluma yeniden kazandırma, rehabilitasyon, iyileştirme⁶, ıslah, tretman gibi farklı anlamlarla ifade edilen farklı kavramlarla tanımlanmaktadır. Bazı yazarlar bu kavramların birbiri yerine kullanılabileceğini ifade etmektedir⁷.

Recidivism, <<https://sgp.fas.org/crs/misc/RL34287.pdf>>, Erişim Tarihi 26 Ocak 2024, s. 12.

⁴ James, s. 13.

⁵ 17 Aralık 2015 tarihli BM Genel Kurulu’nda bu metin Nelson Mandela’ya ithaf edilerek kabul edilmiştir . Bunun üzerine Asgari Standart Kurallar, Mandela Kuralları olarak da anılmaya başlanmıştır.

⁶ 5275 Sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun (İnfaz Kanunu) m.6 vd.

⁷ Timur Demirbaş, *İnfaz Hukuku, Özellikle Cezaevlerinin Tarihçesi, Uluslararası Belgelerle Karşılaştırmalı Olarak Hürriyeti Bağlayıcı Cezaların İnfazı ve Ceza İnfaz Kurumlarının İdaresi*, Genişletilmiş ve Gözden Geçirilmiş 8. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2021, s. 259; Timur Demirbaş, “Cezaevlerinde Yeniden Sosyalleştirme (Tretman) Sorunları”, *İnfaz Hukukunun Sorunları, Probleme des Strafvollzugsrechts*, Alman Kültür Merkezi ve Başkent Üniversitesi tarafından 24/25.11.2000 tarihinde düzenlenen Sempozyum, 2001, s. 396. Yedener, bu kavramların birbiri yerine kullanılabileceğini açıkça belirtmemekle birlikte eserinin bazı

Doktrinde bir yazar, “*hükümlünün gelecekte sosyal sorumluluk içinde suçsuz bir yaşam sürdüreceği yetenek kazanması amacıyla götürülen cezaevindeki gayretlerin toplamı*”nı yeniden sosyalleştirme kavramı ile açıklayarak tretman, iyileştirme ve rehabilitasyon kavramlarının da aynı anlamda olduğunu ifade etmiştir⁸. Bir başka yazar ise, yeniden topluma kazandırma ve resosyalizasyonu ıslah ile aynı manada kullanarak “*bireyde toplumsal nizamla uyumlu bir birey olma isteğinin uyandırılmasını ve bunun davranışlara yansıtılması*”nı ıslah olarak tanımlamıştır⁹. Bununla birlikte doktrinde anılan kavramların birbiri yerine kullanılmayacağını savunarak bu kavramlar arasındaki farklara işaret eden yazarlar da bulunmaktadır¹⁰. Bu yazarlardan biri, “*hükümlünün infazdan sonra yeniden suç işlemeyerek insan onuruna yakışır bir hayat sürmesi için yürütülen faaliyetler*”i topluma yeniden kazandırma olarak ifade etmiştir¹¹.

Kanaatimizce bu kavramların temelinde yatan düşünceler arasında belirgin farklar bulunmamaktadır. Nitekim her kavram esasında, hükümlüleri temel hakların bir öznesi kabul ederek, cezanın infaz aşamasının insan onuruna uygun bir şekilde tamamlanması ve hükümlünün gelecekte suçtan uzak bir yaşam sürerek topluma dahil olmasını ifade etmektedir. Bununla birlikte iyileştirme, tretman ve rehabilitasyon kavramlarının hükümleri tıpkı bir hasta gibi yansıtması nedeniyle kullanmaktan kaçınılmaktayız. Çalışma kapsamında toplumla yeniden bütünleş(tir)me kavramının kullanılmasının nedeni ise, hükümlülerin insan haklarını destekleme noktasında daha kapsayıcı olması ve pozitif yükümlülük vurgusu taşımasıdır. Ayrıca bu kavramın, hükümlülere

yerlerinde kanundaki ifadesiyle “iyileştirme”, bazı yerlerinde “topluma yeniden kazandırma” kavramını kullanmıştır. Bkz. Yerdener, *Türk Ceza Hukuku Yaptırımları ve İnfazı*, s. 327, 331, 338, 350.

⁸ Demirbaş, *İnfaz Hukuku*, s. 259; Demirbaş, “Cezaevlerinde Yeniden Sosyalleştirme (Tretman) Sorunları”, s. 396.

⁹ Hakan Karakehya, “Hürriyeti Bağlayıcı Cezaların İnfazıyla Hükümlünün İslahının Sağlanması Mümkün müdür?”, *Dr.Dr.h.c. Silvia Tellenbach’a Armağan*, Seçkin Yayıncılık, 2018, s. 1060.

¹⁰ Pınar Bacaksız, “Cezalandırma ve Topluma Yeniden Kazandırma”, *Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan*, C. 16, Özel Sayı 2014, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2015, s. 4922. “İslâh” ile “yeniden topluma kazandırma” kavramlarının farkına da işaret eden Maden, ıslâhın cezasının infazı tamamlanan hükümlünün, farazî olarak, bir toplum içerisine dönecek olmasa bile, geçerli bir kavram olduğunu ifade etmektedir. Bkz: Mehmet Maden, *Hapis Cezasına Seçenek Yaptırımlar*, Adalet Yayınevi, 2012, s. 64-65.

¹¹ Bacaksız, s. 4921-4922. Yazar bu tanıma yönelik, Timur Demirbaş’ın “yeniden sosyalleştirme” kavramı için yapmış olduğu açıklamaya atıf yapmasına rağmen yeniden sosyalleştirme kavramını, hükümlünün infaz kurumunda da o kuruma özgü bir sosyal hayatı olduğu gerekçesiyle yetersiz bulmuştur. Bkz. Bacaksız, s. 4922.

uygulanacak asgari minimum standartları belirlemek amacıyla hazırlanan ve devletlerin infaz siyasetini belirlerken örnek aldıkları Mandela Kuralları¹² ve Avrupa Cezaevi Kurallarında¹³ da benimsenmesi bu kavramı tercih etme düşüncemizi güçlendirmiştir.

Kanaatimizce toplumla yeniden bütünleştirmeyi, “*hükümlülerin infaz kurumuna girdiği andan itibaren başlayan ve serbest bırakıldıktan sonra belirli bir süre devam eden, ceza infaz kurumunun zararlı etkilerini, programlar ve hizmetler yoluyla sınırlandırıp hükümlünün toplumun bir parçası olarak normal bir hayat sürmesini sağlayacak becerilerin geliştirilmesini amaçlayan bir infaz politikası*” olarak ifade etmek mümkündür¹⁴.

Hükümlülerin toplumla yeniden bütünleştirilmesi konusu Türk Hukuku’nda çeşitli hükümlerle düzenlenmiştir. 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun toplumla yeniden bütünleştirmeyi ifade etmek üzere “*iyileştirme*” kavramını¹⁵ tercih etmiş olup “*iyileştirme programlarının belirlenmesi*” başlıklı m. 73 doğrudan bu konuya ayrılmıştır. Hükümlülere uygulanacak programlar belirlenirken nelere dikkat edilmesi gerektiği m. 73/1’de belirtilmiştir. Buna göre, “*hükümlünün geçmişi, suçluluk nedenleri, suç sicili, fizik yeteneği ve ruhsal yapısı, kişisel doğası, arz edebileceği tehlike halleri, hapis cezasının süresi, salıverildikten sonraki beklentisi dikkate alınarak, toplumun hukuka uygun hareket eden ve üretken bir üyesi olarak yaşamını sürdürmesini sağlayacak ve bireysel ihtiyaçlarına uygun bir biçimde iyileştirme programları uygulanır.*” Bununla birlikte m. 73/2’de bu programların hazırlanması ve uygulanması amacıyla ceza infaz kurumlarında eğitim ve psiko-sosyal hizmet servislerinin oluşturulması gerektiği ifade edilmiştir.

İnfaz Kanunu m. 73/1’de çerçevesinde düzenlenen toplumla yeniden bütünleşme programlarının başarıya ulaşp ulaşmadığı ise İnfaz Kanunu’nun “*iyileştirmede başarı ölçütü*” başlıklı 7. maddesinde yer alan ölçütlerle belirlenmektedir. Buna göre; “*(1) Hapis cezalarının infazında hükümlülerin iyileştirilmeleri amacını güden programların başarısı, elde ettikleri yeni tutum ve becerilerle orantılı olarak ölçülür. Bunun için iyileştirme çabalarına yönelik olarak hükümlünün istekli bulunması teşvik edilir.*”

¹² Bkz. Nelson Madela Kuralları m.4

¹³ Bkz. Avrupa Cezaevi Kuralları m.6, m.72.3, m.83

¹⁴ Funda Kaya Bozok, *Hükümlülerin Çalıştırılması*, Adalet Yayınevi, 2024, s. 84.

¹⁵ İnfaz Kanunu m. 6 vd.

(2) *Hapis cezasının, kendisinde var olan zararlı etki yapıcı niteliğini mümkün olduğu ölçüde azaltacak biçimde düzenlenecek programlar, usûller, araçlar ve zihniyet doğrultusunda yerine getirilmesi esasına uyulur. İyileştirme araçları hükümlünün sağlığını ve kişiliğine olan saygısını korumasını sağlayacak usûl ve esaslara göre uygulanır.”*

Belirtmek gerekmektedir ki, toplumla yeniden bütünleştirme hapis cezasının doğal bir sonucudur. Bu durum, demokratik bir hukuk devletinde, haklı olarak cezalandırılan kişilere karşı devletin önemli bazı yükümlülerinin bulunduğu anlamına gelmektedir. Bu bağlamda aşağıda devletin cezalandırma hakkına mündemiç olan toplumla yeniden bütünleştirme yükümlülüğü incelenecektir.

II. DEVLETİN CEZALANDIRMA YETKİSİ VE TOPLUMLA YENİDEN BÜTÜNLEŞTİRME YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Bir suçun işlenmesiyle birlikte devlet ve suç işleyen kişi arasında bir cezalandırma ilişkisi kurulur ve kural olarak tespit edilen cezanın infazı ile bu ilişki sona erer¹⁶. Devlet, cezalandırma yetkisine sahip tek kurumdur. Suç işlendiğine ilişkin şüphenin öğrenilmesinden itibaren başlayan muhakeme süreci, devlet tarafından kamu adına soruşturma ve kovuşturma makamları eliyle yerine getirilmektedir. Devletin muhakeme sürecindeki işlevi cezaya hükmedildikten sonra da devam eder. Ceza muhakemesi sonunda kesinleşen hüküm, yine devlet tarafından infaz edilmektedir. İnfazın temellerinin ulusal ve uluslararası normlara uygun kanun ve uygulamalarla belirlenmesi hukuk devleti olmanın bir gereğidir¹⁷. Devletin, cezanın infazına ilişkin çağdaş yönelimlerinin temelinde, “*dışlanmış hükümlüden insan hükümlüye doğru bir anlayış*”¹⁸ barınmalıdır. Ancak böylece sadece toplumun suçludan korunması için değil, ama aynı zamanda hükümlünün topluma geri dönüşü için bir hazırlanma süreci olarak suç işleyen kişilerin hapsedilmesi anlayışına geçilir¹⁹.

Devlet, suç işlemek suretiyle hukuk düzenine hakim olan dengeyi bozan kişiye yaptırım uygulamak suretiyle bu dengeyi tekrar kurmayı

¹⁶ Ayhan Önder, *Ceza Hukuku Dersleri*, Filiz Kitabevi, 1992, s. 642.

¹⁷ Zekeriya Sevimli, “Türkiye Ceza ve Tutuklevleri İle İnfaz Hizmetleri Hakkında Genel Bir Değerlendirme”, *Türkiye'nin İnfaz Rejimi Sempozyumu*, 18.01.1997, s. 132.

¹⁸ Alin Reynaud, *Hapishanelerde İnsan Hakları*, Çev. İhsan Kuntbay, TODAİE İnsan Hakları Araştırma ve Derleme Merkezi, 1992, s. 22.

¹⁹ İlkay Savcı, *Cezaevi İşyurtlarında Çalışan Hükümlüler Bir Alan Araştırması*, Ankara Üniversitesi Basımevi, 2004 s. 6.

amaçlamaktadır²⁰. Böylece cezalandırmanın temel amacı olan toplumun suçludan korunması mümkün olacaktır. Bununla birlikte devletin sorumluluğu, suç işleyen kişiyi cezalandırmakla bitmemektedir. Cezanın infazı sürecinde gerek topluma gerekse suç işleyen kişiye yönelik yükümlülükleri devam etmektedir.

Ceza infazının öncelikli amacı sadece toplumun suçtan korunması değil, aynı zamanda hükümlünün toplumla yeniden bütünleştirilmesidir. Toplumla yeniden bütünleştirme, devletin cezalandırma yetkisinin doğal ve içsel tamamlayıcısıdır. Cezalandırma yetkisi, hükümlünün kanunlara uyan ve üretken bir vatandaş olarak topluma yeniden dahil edilmesi noktasında devlete aktif bir görev yüklemektedir²¹. Başka bir ifade ile devletin yetkisi, hükümlünün toplumla yeniden bütünleştirilmesi yükümlülüğünü içinde barındırmaktadır.

Toplumla yeniden bütünleştirme yükümlülüğü, devletlerin infaz siyasetini belirlerken dikkate almaları gereken temel prensiplerden biridir. Devletlerin bu yükümlülüğünü yerine getirmemesi, ya suç işleyen kişilerin sürekli olarak toplumdan uzaklaştırılmasını ve karantinaya alınmasını gerektiren bir sistem kurmak ya da toplumda kalıcı bir alt sınıf olarak görülmelerine izin vermek demektir. Unutmamak gerekir ki, hiç kimse suç işleme olasılığını göz ardı etmemelidir. Kişi ciddi bir yanlış yapmayacağından (makul olmayan bir şekilde) emin olsa bile, yakınlarının veya sevdiklerinin bunu yapabileceğini kabul edebilir²². Tüm vatandaşlar kendilerini hem potansiyel bir mağdur hem de potansiyel bir suçlu olarak hayal ettiklerinde topluma gerçek anlamda entegre olmak için makul bir fırsatın önemi anlaşılabilir.

Toplumla yeniden bütünleştirme, hükümlülerin toplumsal ortama tekrar geri dönmeye ilişkin ümitlerini zayıflatan veya yok eden cezalara karşı çıkmaktadır. Nitekim bu yükümlülük, suç işleyen kişilerin sadece ne kadar süre cezalandırıldığını değil, nasıl cezalandırıldığı da yeniden gözden geçirmeye gerektirmektedir. Bu bağlamda toplumla yeniden bütünleştirme, özellikle ölüm cezasını reddetmektedir. Ölüm cezası devletin bir suçlunun bir daha asla sivil hayata katılamayacağına karar vermesinin yalnızca en belirgin

²⁰ İzzet Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 19. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2023, s. 785.

²¹ Ekow N. Yankah, "The Right to Reintegration", *New Criminal Law Review*, 23(1), s. 83.

²² Yankah, s. 89

yoludur²³.

Öte yandan koşullu salıverilme hükümlerinin uygulanmadığı ağırlaştırılmış müebbet hapis cezaları da, toplumla yeniden bütünleşme ile bağdaşmamaktadır. Nitekim bu durum, hükümlünün terbiye ve ıslah olacağına ilişkin inancın olmadığını gösterir. Artık bir daha topluma dönme yönündeki ümitleri tükenmiş olan hükümlülerin toplumla yeniden bütünleştirme programlarına tabi tutulmasının bir anlamı bulunmamaktadır. Tahliye umudu ya da kendilerini geliştirme fırsatları olmayan bu hükümlülerin gerçek anlamda bir yaşam projeleri yoktur. Bu hükümlüler, belli bir programa tabi tutulsa bile, sonucunun başarısız olacağı şüphesizdir²⁴. Ayrıca uzun hapis cezalarının, bir hükümlünün toplumla yeniden bütünleşmesini engelleyebileceği de kabul edilmektedir. Başka bir ifadeyle suç karşılığı verilen cezanın, hükümlülerin topluma yeniden katılma olasılığını ortadan kaldıracak kadar uzun olmaması gerektiğinde savunulmaktadır. Kişinin yaşlılığında, muhtemelen yalnızlık ve yoksulluk içinde, hayatının geri kalan kısa dönemini yaşamak üzere serbest bırakılabileceği anlayışı, ciddi bir yeniden entegrasyon fırsatı olarak görülmemektedir²⁵.

Devletin cezalandırma yetkisi, aynı zamanda hükümlü ile toplum arasındaki bağları yeniden inşa etme görevi yüklemektedir. Bu bağlamda toplumla yeniden bütünleştirme yükümlülüğü çerçevesinde yapılması gerekenler sadece hapis cezasının infazı süreciyle sınırlı değildir. Aynı zamanda hükümlünün tahliye edildikten sonra ikincil yaptırımlar olarak ifade edilen yasal engeller labirentinde boğulmasına izin vermemek de devletin görevidir²⁶. Eski bir hükümlünün topluma tam olarak yeniden katılmasının önünde çok sayıda engel bulunmaktadır. Özellikle adli sicil kayıtlarının, güvenlik soruşturması ve arşiv araştırmalarının eski hükümlülerin düzenli işgücü piyasasında yer edinme şansları üzerinde ciddi etkisi bulunmaktadır. Devlet en azından, topluma geri dönen hükümlülerin hayatlarını yeniden inşa etmelerine ve geçmişi mümkün olduğunca geride bırakmalarına olanak sağlamalıdır.

²³ Yankah, s. 90.

²⁴ Özgenç, s. 874.

²⁵ Yankah, s. 94, 98.

²⁶ Yankah, s. 109.

III. TOPLUMLA YENİDEN BÜTÜNLEŞTİRME PROGRAMLARI

Hükümlünün toplumla yeniden bütünleşmesi, infaz kurumuna girmesiyle başlayan salıverildiği anda sona ermeyen uzun bir süreç gerektirmektedir²⁷. Başka bir ifadeyle tahliye öncesi başlayan bu uygulama, tahliye sonrası da devam etmektedir. Toplumla yeniden bütünleştirme uygulamasının bu aşamalardaki görünüm şekilleri aşağıda daha detaylı incelenecektir.

A. Tahliye Öncesi Toplumla Yeniden Bütünleştirme Programları

Çağdaş bir infaz kurumu, birbirini destekleyen birden fazla amaca hizmet etmek zorundadır. Bir yandan suç işleyen kişiler denetim altında tutularak toplumun korunması diğer yandan ise özgürlüklerine tekrar kavuşacak olan bu kişilerin infaz sürecinde çeşitli programlara tabi tutularak toplumla yeniden bütünleşmeleri sağlanmalıdır. Bu bağlamda özgürlükten yoksun bırakmanın kendisinin bir ceza olduğu unutulmamalı, hükümlülere uygulanacak rejim, hapsedmenin doğasından kaynaklanan ıstırabı daha da ağırlaştırmamalıdır²⁸. Bunun için ceza infaz kurumu makamlarının, hükümlülere iyi ve insancıl bir muamelede bulunması yeterli değildir. Ayrıca hükümlülerin değişmeleri ve gelişmeleri için gerekli olan imkânların da sunulması gerekmektedir²⁹. Dolayısıyla cezanın infaz sürecine, hükümlülerin kanunlara saygılı ve sorumluluk sahibi bir birey olarak toplumla yeniden bütünleşmesine yardımcı olacak programların eşlik etmesi gerekmektedir.

Bütün suçlular bakımından aynı etkiyi gösterecek bir toplumla yeniden bütünleştirme programından bahsetmek çok zordur. Ancak eğitim ve çalışma gibi belirli programların infaz koşulları içerisinde etkili bir şekilde uygulanması durumunda toplumla yeniden bütünleşme amacına ulaşmak mümkündür. İnfaz kurumlarında eğitim, hükümlülerin topluma yeniden entegre olmaları bakımından en etkili programlar arasındadır. Eğitim, hükümlülere sunulan programlar arasında yalnızca bir seçenek değildir. Nitekim cezaevlerinde bulunan birçok kişinin eğitim düzeyi düşüktür ve ne yazık ki birçoğu hayatlarında ilk kez gerçek bir eğitim alabilecekleri programlara katılma fırsatı

²⁷ Cumhuriyet Şahin, "Tahliye Öncesi ve Sonrası Hükümlüye ve Eski Hükümlüye Yardım", *Ceza ve Tedbirlerin İnfazında İnsan Haklarının Korunması Sempozyumu*, 22-24.03.2002, s. 128.

²⁸ ACK m. 102/2 "Kişiyi özgürlükten yoksun bırakarak alıkoymanın kendisi bir cezadır. Bu nedenle, hükümlülere uygulanan rejim, alıkonmanın doğasından kaynaklanan ıstırabı daha da ağırlaştırmamalıdır."

²⁹ Andrew Coyle, *Cezaevi Yönetimine İnsan Haklarını Göz Önüne Alan Bir Yaklaşım*, Uluslararası Cezaevi Araştırmaları Merkezi, 2002, s.83.

bulmaktadır³⁰. Eğitim programları, ceza infaz kurumunda sunulacak çalışma ve diğer programlar için bir ilk adım vazifesi görmektedir. Bu programlar sayesinde özellikle kriminolojik ihtiyaçların karşılanması ve kişileri suç işlemeye iten nedenlere nüfuz etmek mümkün olmaktadır. Başka bir ifadeyle hükümlünün ceza infaz kurumunda verilecek diğer programların kapsamını, amacını ve nihayetinde yaşadığı hayatı kavraması için, eğitim bir ön koşul niteliğindedir³¹. Eğitim programları ile kişilere öncelikle okuma yazma, dört işlem gibi temel beceriler kazandırılmak amaçlanmaktadır. Ancak toplumla yeniden bütünleşme için temel becerilerin ötesine geçilmeli ve hükümlünün sosyal, ekonomik, kültürel anlamda kişiliğini geliştirecek kapsamlı bir program düzenlenmelidir³². ACK'nın 106. maddesinde *“beceri kazandırma eğitimleri de dâhil olmak üzere, mahpusların sorumlu ve suçtan uzak bir yaşam tarzına yönelmelerini amaçlayan sistemli bir eğitim programı”*nin hükümlülere uygulanan rejimin temel bir parçasını oluşturduğu ifade edilmiştir.

Ceza infaz kurumlarında çalışma; eğitim gibi, hükümlülerin uslandırılması ve yeniden toplumla bütünleşmesi için infaz sürecinin vazgeçilmez bir unsurudur. Öyle ki, çalışmanın infazın esasını oluşturduğu ve toplumla yeniden bütünleşmenin belirleyici koşulu olduğu ifade edilmektedir³³. ACK'nın 26. maddesinde, cezaevlerinde çalışmanın, infaz rejiminin pozitif bir unsuru olarak görülmesi ve asla bir ceza olarak kullanılmaması gerektiği ifade edilmiştir. Tıpkı eğitim programlarına katılma gibi hükümlülerin çoğu, ilk defa cezalarının infazı sürecinde iş becerilerini geliştirme ve düzenli olarak çalışma imkânı bulmaktadır. Çalışma programları ile tahliye olduktan sonra hayatlarını idame etmelerine yardımcı olacak iş becerileri geliştirilerek hükümlünün normal bir hayata hazırlanması sağlanmaktadır³⁴. Bununla birlikte kurumsal yaşamın aktif ve ekonomik bir uğraşı olan çalışma, hükümlüyü hapsedmenin neden olduğu ruhsal ve fiziksel zararlardan korumaktadır. Hükümlü infaz kurumunda geçen süreyi verimli ve faydalı bir şekilde geçirmekte, bunun karşılığında bir ücret almakta ve ayrıca kendine güvenen, öz saygısı yenilenmiş bir birey olarak topluma dönmektedir³⁵.

³⁰ Coyle, s. 90.

³¹ Mustafa Tören Yücel, “Ceza İnfaz Kurumlarında Tehlikeli Suçluların Tretmanı”, *İnfaz Hukukunun Sorunları Sempozyumu*, Öz Özen Matbaacılık, 2001, s. 229.

³² Coyle, s. 91.

³³ Demirbaş, “Cezaevinde Yeniden Sosyalleştirme (Tretman) Sorunları”, s. 158.

³⁴ Coyle, s. 85.

³⁵ Yücel, “Ceza İnfaz Kurumlarında Tehlikeli Suçluların Tretmanı”, s. 232.

Türk hukukunda hükümlülerin, kuruma girişinden salıverilmesine kadar geçen süre içerisinde uygulanacak toplumla yeniden bütünleştirme programlarının belirlenmesindeki amaç ve esaslar ile bu programlara ilişkin düzenleme gerek yukarıda ifade edilen İnfaz Kanunu m.73 ve ilgili diğer maddelerde³⁶ gerekse İnfaz Yönetmeliği'nin 86³⁷ ve devamı maddelerinde ayrıntılı bir şekilde ele alınmıştır.

Öte yandan belirtmek gerekmektedir ki, suçluların toplumla yeniden bütünleşmesine yönelik programların ve yöntemlerin başarıya ulaşması kolay değildir. Toplumla yeniden katılma sürecinde sayısız engel bulunmaktadır. Bunların en başında, hükümlülere yönelik programların büyük bir kısmının ceza infaz kurumunda, yani tamamen uygun olmayan bir ortamda uygulanacak olması gelmektedir. Cezaevleri, gerek mimari yapıları gerekse Türkiye'de dâhil olmak üzere bir çok devlette "koşuş sistemi"nin benimsenmiş olması nedeniyle hükümlülerin müreffeh bir ortama sahip olmasının ötesinde temel ihtiyaçlarını gidermelerine bile çoğu zaman imkan tanıyamamaktadır³⁸. Bununla birlikte cezaevlerinin aşırı kalabalık olması, nitelikli personel eksikliği, dış dünya ile temasın yeterince kurulamaması ise diğer temel engeller arasındadır. Böyle bir ortamda toplumla yeniden bütünleşmeyi sağlamaya yönelik programların etkili bir şekilde uygulanması ve hükümlünün, işlediği suçtan dolayı kusurlu olduğu bilincine sahip olarak bu programlara katılıp değişme ve gelişme isteği içinde olması beklenemez. Bununla birlikte cezaevlerinde iyi düzen ve güvenliğe verilen önemin, hükümlünün temel haklar öznesi olduğu gerçeğini bastırarak şekilde vurgulanması da toplumla yeniden bütünleşmeyi engellemektedir. Bir diğer önemli görülen engel ise, hükümlülerin cezaevleşmesi, daha açık bir ifadeyle ceza infaz kurumu alt kültürünü benimseyerek dışardaki toplumdaki uzaklaşmasıdır³⁹. Toplumla yeniden bütünleşmenin önündeki engeller

³⁶ Örneğin, İnfaz Kanunu m. 75'te hükümlünün kişisel özelliklerine göre tespit edilecek bir eğitim programına tabi tutulması gerektiğini ifade edilmektedir. Aynı Kanunun'un 76. maddesinde ise, hükümlülerin öğretimden yararlanma ve ilgili sınavlara girebilme hakları düzenlenmiştir. Hükümlülerin ceza infaz kurumunda kaldıkları süre boyunca çalıştırılmaları, İnfaz Kanunu m. 29 ve devamında yer almaktadır.

³⁷ İnfaz Yönetmeliği m. 86 "*İyileştirme; hükümlülerin, kuruma girişinden salıverilmesine kadar geçen süre içerisinde, bedensel ve zihinsel sağlıklarını sürdürmeleri veya bunlara yeniden kavuşmaları için gerekli önlemlerin alınması, suçluluk duygusundan arınması, kişisel ve toplumsal gelişiminin sağlanması amacıyla uygulanacak, eğitim-öğretim, sağlık, psiko-sosyal hizmetler ile meslek edindirme, bireyselleştirilme, toplum yaşamıyla uyumlaşmasını ve geliştirilmesini sağlayacak programların tümüdür...*"

³⁸ Demirbaş, "Cezaevinde Yeniden Sosyalleştirme (Tretman) Sorunları", s. 156-157.

³⁹ Şahin, s. 123.

salıverildikten sonra bitmemekte, hatta ek zorluklarla devam etmektedir. Özellikle gerek infaz kurumlarında modern dünyanın ve çağdaş teknolojinin ilerlemesine uygun bir mesleki eğitim ve beceri geliştirecek programların sunulmaması gerekse toplumun güvenilmez olarak değerlendirdiği eski hükümlülerden uzak durması nedeniyle hayatlarını idame ettirebilecekleri iş ve sosyal ortama sahip olamamaları, hukuka uygun davranmaya sevk edecek aile ve toplum bağlarının yokluğu topluma yeniden dâhil olmanın önündeki engellerden sayılmaktadır⁴⁰.

Toplumla yeniden bütünleşmeyi sağlamaya yönelik programların başarıya ulaşması için öncelikle hükümlülerin olabildiğince tanınması gerekmektedir. Hükümlülerin infaz kurumuna kabulünü takiben, onların kişilik, kriminolojik ve sosyal yönlerine ilişkin araştırma için bir müşahede sürecinin varlığı şarttır⁴¹. Müşahede işlemleri hükümlülere uygulanacak programların bireyselleştirilmesi noktasında bir vasıta teşkil etmektedir. Nitekim her hükümlünün aynı programlara tabi tutulması düşünülemez. Çünkü hükümlülerin bir kısmı okuma yazması dahi olmayan kişiler olabileceği gibi diğer bir kısmı da belli bir eğitim seviyesine sahip olabilmektedir. Bir kısmının salıverildikten sonra onları bekleyen işleri ve güçlü aile bağları olmasına rağmen, bir kısmı ilk defa infaz sürecinde iş becerilerini geliştirme imkânı bulmaktadır⁴². Toplumla yeniden bütünleşme programlarının başarıya ulaşması için müşahede süreci kuruma ilk girildiği andan itibaren başlamalı ve infaz süreci boyunca devam etmelidir.

Hükümlüler müşahede altına alındıktan belirli bir süre sonra bazı gruplara ayrılmakta yani sınıflandırılmaktadır. Hükümlülerin sınıflandırılması toplumla yeniden bütünleşme sürecinin başarıya ulaşmasının şartlarından biridir. Burada kastedilen sınıflandırma, sadece hükümlünün işlediği suçun niteliği ve cezanın ağırlığı gibi objektif ve geçmişe yönelik hususlara ilişkin bir değerlendirme yapılarak değil aynı zamanda hükümlünün kişisel özellikleri ile ihtiyaçları göz önüne alınarak ve hükümlünün geleceği düşünülerek yapılmaktadır⁴³. Müşahede ve sınıflandırma işlemlerinden sonra hükümlünün

⁴⁰ Helmut Kury, “Almanya’da Ceza İnfaz Pratiği ve Sorunları”, Çev. Nezh Pala, *İnfaz Hukukunun Sorunları*, Goethe Institut ve Başkent Üniversitesi Yayını, Öz Özen Matbaacılık, 2001, s. 105; Fatma Karakaş Doğan, *Cezanın Amacı ve Hapis Cezası*, Legal Yayıncılık, 2010, s. 231.

⁴¹ Demirbaş, *İnfaz Hukuku*, s. 248.

⁴² Coyle, s. 85.

⁴³ Feyyaz Gölcüklü, *Türk Ceza Sistemi (Hürriyeti Bağlayıcı Cezalar)*, Ankara Üniversitesi

ihtiyaçları, kişisel özellikleri, yetenekleri, psikolojik durumu gibi hususlar göz önünde tutularak hükümlünün bir daha suç işlemeyecek bir kimse olarak topluma dönüşünü sağlayacak bir ıslah planı oluşturulmaktadır. Bu işlem programların bireyselleştirilmesi anlamına gelmektedir⁴⁴.

Bütün hükümlülerin uslandırılması ve toplumla yeniden bütünleştirilmesine yönelik çalışma yapmanın gerekli olup olmadığı veya mümkün olup olmadığı, başka bir ifade ile ıslahı mümkün olmayan hükümlülerden bahsedilip bahsedilmeyeceği noktalarının da aydınlatılması gerekmektedir.

Klasik ceza hukuku doktrini, suçluların irade serbestisine sahip olduğu anlayışını esas tutmaktadır⁴⁵. Başka bir ifadeyle klasik ceza teorisi, suç işlemeyi özgürce seçen rasyonel insanlar fikrine dayanmaktadır⁴⁶. Bu bağlamda suçlu nasıl ki suç işlerken bir irade serbestisine sahip ise, ıslah olması noktasında bir irade serbestisi bulunmaktadır. Başka bir ifade ile suçlu isterse kendi kendini de ıslah edebilir⁴⁷. Pozitivist hukuk doktrini ise, suçluluğun yaratılıştan ileri gelebileceğini⁴⁸ ve bu nedenle ıslahın mümkün olmadığı durumların da olabileceğini kabul etmektedir. Bu akımın öncüsü olan Lombroso'ya göre, “suç, doğum ve ölüm gibi doğal bir olaydır. Genel nedensellik kanunu içinde yer alır. Bazı insanlar doğuştan suçludurlar, bazı hayvanların doğuştan yırtıcı olmaları gibi. Ceza ise psikolojik bir araçtır, nasıl olur da suçu gerçekleştirmek için birleşen doğal ve fizikî kuvvetlere engel olabilir?”⁴⁹. Dolayısıyla suç işleme, yaratılıştan gelen doğal bir özellik olduğu için hapis cezası ve terbiye usulleri ile tedavi edilmeleri mümkün değildir⁵⁰.

Siyasal Bilgiler Yayınları, Sevinç Matbaası, 1966, s. 124.

⁴⁴ Gölcüklü, s. 124 vd.

⁴⁵ Sulhi Dönmezer, “Cezaî Sorumluluğun Esası Bakımından Klasik Teori ve Bu Teorinin Karşılaştığı İtirazlar”, İHFM, 1945, s. 66, 68; Somay Tümerkan, “Klasik, Pozitivist Okullarda ve Toplumsal Savunma Hareketinde Ceza Sorumluluğunun Esası”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 48(1-4), 1983, s. 54; Karakehya, s. 1076.

⁴⁶ Dirk Van Zyl Smit ve Sonja Snacken, *Principle of European Prison Law and Policy Penology and Human Right*, (First Edition). Oxford University Press, 2009, s. 80. Klasik okulun irade serbestisi kavramını ceza hukuku alanına dahil etmesi, ıslah düşüncesi ile birlikte failin bedeninin değil, ondaki kötülük doğuran iradenin cezalandırılması gerektiği düşüncesinin yerleşmesine neden olmuştur. Bkz. Karakehya, s. 1069.

⁴⁷ Faruk Erem, *Adalet Psikolojisi*, 5. Baskı, Ajans Türk Matbaası, 1964, s. 317.

⁴⁸ Tümerkan, s. 55; Erem, s. 317.

⁴⁹ Tümerkan, 55.

⁵⁰ Cesare Lombroso, *Suç İşlemenin Sebepleri*, Çev. Sadi Irmak, 2. Baskı, Aydın Güler Kitabevi,

Öte yandan ümanist hukukçular cezanın esasını onun ıslah ediciliğinde bulmaktadır. Hükümlülerin ıslah edilmesi düşüncesi aslında cezalandırmanın doğal bir sonucudur. Hükümlünün rıza göstermesi ve istekli olması durumunda ıslahı mümkündür. Bununla birlikte ıslahın gerçekleştirilmesi hükümlünün işlediği suçtan doğan sorumluluğun kendi uhdesinde olduğunu kabul etmesine de bağlıdır. Ümanist hukukçular, ıslahı mutlak surette mümkün olmayan suçluların bulunacağı düşüncesini kabul etmemekte, elverişli yöntemlerin uygulanması suretiyle her hükümlünün ıslah edilebileceğini savunmaktadır. Bu bağlamda “*suçluyu kazıyınız, altından insan çıkar*” sözü ile insandan ümidin kesilmemesi gerektiği vurgulanmaktadır. Çünkü insan karakteri mutlak bir değişmezlik barındırmaz⁵¹.

Doktrinde bir görüş ise suçluları; bir ıslah planına gerek olmaksızın kendi kendilerini ıslah edebilenler, bir ıslah ve terbiyeye muhtaç olanlar ve asosyal karakterlerinden dolayı toplum içinde yaşamaları tehlikeli olanlar şeklinde ayırmaktadır⁵². Bu görüşe göre, ıslahı mümkün olmayan suçluların bulunmadığına yönelik iyimser düşüncelere rağmen gerçek daha farklıdır. Mutlak surette olmasa da nispi surette ıslahı mümkün olmayan suçlular mevcuttur. Çünkü henüz bu kişileri ıslah etmeye yönelik bir çözüm geliştirilememiştir. Bütün hükümlülerin ıslah edilmesi gibi oldukça güç bir işi başarabilecek personel olmamakla birlikte, cezaevlerindeki aşırı kalabalıklaşma ve fiziki imkânlar göz önüne alındığında ıslah için uygun bir ortamın varlığından da bahsedilemez. Bu nedenle hükümlülerin tümünü ıslah etmek gibi gerçekleştirilmesi zor bir amaçtan ziyade başlangıçta ıslahı mümkün olan hükümlülerin sınıflandırılması ve gereken çabanın bu kişilere yönelik gösterilmesi gerekmektedir⁵³.

B. Tahliye Sonrası Toplumla Yeniden Bütünleştirme Programları

Topluma geri dönüşün ve toplumla yeniden bütünleşmenin başarılı olabilmesi için infaz kurumundaki yaşamın ve programların bu amaca göre

1963, s. 59.

⁵¹ Faruk Erem, *Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku, Cilt: II*, 12. Baskı, Seçkin Kitabevi, 1985, s.210 vd.

Vedat Nedim Tör “İmralının İnsanları”nda bir cezaevi müdürüne şunları söyletiyor; “Ben mücrim bile olsa, her insanın içinde gizli bir ışıklı noktanın yandığına inanıyorum. Bu ışıkları büsbütün karatmayalım” Bkz. Vedat Nedim Tör, *İmralının İnsanları*, Zerbamat Basımevi, 1936, s.27.

⁵² Nurullah Kunter, “Suçluların Terbiye ve Islahı”, *Adliye Ceridesi*, 34(7), 1943, s. 538.

⁵³ Kunter, s. 538 vd.

düzenlenmesi ve uygulanması yeterli değildir. Bunların yanında tahliye olduktan sonra da hükümlünün toplumla yeniden bütünleşmesini sağlayacak programlara ihtiyaç vardır. Patronaj olarak da ifade edilen tahliye sonrası bu programlar toplumla bütünleşme sürecinde hem hükümlünün kendisi hem de toplum bakımından kritik bir rol oynamaktadır⁵⁴. Ayrıca bu programlar, başarılı bir şekilde uygulandıkları takdirde, tekerrürü azaltacağı için kamu güvenliğinin sağlanmasında da etkili olacaktır⁵⁵. Tahliye sonrası programlar sayesinde bir taraftan toplumun hükümlülere karşı olan tepkisi ve önyargılı davranışları ile mücadele edilmekte diğer taraftan da eski hükümlünün istihdam, barınma, aile ve toplum bağları, fiziksel ve zihinsel sağlıkları takip edilmektedir. Toplumun eski hükümlülere karşı önyargılı davranışlarını engellemek öncelikli bir mesele olarak ele alınmalıdır. Aksi takdirde hükümlülerin gerek ceza infaz kurumunda gerekse de tahliyeden sonra almış oldukları eğitimlerin bir manası kalmayacaktır⁵⁶.

Türk hukukunda salıverme sonrası koruma ve yardım, İnfaz Kanunu'nun "Denetimli serbestlik ve yardım merkezleri ile koruma kurulları" başlıklı 104.maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, "... hükümlülerin toplum içinde izlenmesi, iyileştirilmesi, psiko-sosyal problemlerinin çözülmesi, salıverme sonrası korunması ve yargılanan kişiler hakkında sosyal araştırma raporlarının düzenlenmesi ve mağdurun korunması gibi görevleri yerine getirmek üzere denetimli serbestlik ve yardım merkezleri kurulur. (2) Salıverilme sonrasında hükümlülere iş sağlanması için koruma kurulları kurulur..." Bu merkez ve kurulların çalışma yöntem ve esasları 5402 sayılı Denetimli Serbestlik Hizmetleri Kanunu ve Denetimli Serbestlik Hizmetleri Yönetmeliği'nde⁵⁷ düzenlenmiştir. Denetimli serbestlik hizmetleri kapsamında, toplum içinde denetim, takip ve iyileştirilmesine karar verilen yükümlülerin, yeniden topluma kazandırılmalarına yönelik çalışmalara ilişkin ayrıntılı düzenleme Yönetmeliğin 35 ve devamı maddelerinde yer almaktadır.

Belirtmek gerekmektedir ki, hükümlü salıverildikten sonra kısmen çözülmüş veya hiç çözülememiş bir sorun yumağı ile karşı karşıya kalmaktadır. Bu bakımdan hükümlüler adeta tahliye sonrasında da cezalandırılmaya

⁵⁴ Gölcüklü, s. 158; Kunter, s. 529.

⁵⁵ Barack Obama, "The President's Role in Advancing Criminal Justice Reform", *Harvard Law Review*, 130(3), 2017, s. 833.

⁵⁶ Savcı, s. 80.

⁵⁷ Resmi Gazete Tarih/Sayı: 10.10.2021/31655

devam edilmektedir. Bu süreçte gerek devlet eliyle gerekse özel teşebbüsler aracılığıyla çeşitli desteklerin sunulması zorunludur. Aksi durumda infaz kurumunda hükümlünün toplumla yeniden bütünleşmesine yönelik gösterilen tüm çaba ve beslenen ümitler boşa gitmekte ve salıverilen hükümlünün yeniden suç işlemesi yüksek bir ihtimal olmaktadır.

Salıverildikten sonra bakım ve yardım desteğinin sağlanması belirli bir bütçeyi ve bazı yasal düzenlemeleri gerektirmektedir⁵⁸. Hükümlülerin salıverildikten sonra hayatlarını idame ettirebilmesi ve tekrar suç işlememeleri için öncelikle düzenli bir işe ve barınacak bir yere ihtiyaçları vardır. Ancak dışarıda özgür kalabilmeleri istihdam edilmelerine bağlı olmasına rağmen, adli sicil kaydı çoğu kez istihdam edilebilirliği engellemektedir. İstihdam adli sicil kaydının engel teşkil ettiği tek alan değildir. Bunun yanında örneğin Amerika Birleşik Devletleri'nde barınma ve eğitim alanlarında da sabıka kaydı bir değerlendirme unsuru olarak kullanılmaktadır. Fakat bu sorunla ilgili son yıllarda önemli çalışmalar yapılmıştır. Buna örnek olarak barınma konusunda federal hükümetin adli sicil kayıtlarının konut sahipleri ve kamu otoriteleri tarafından nasıl değerlendirilmesi gerektiğine dair yayınlamış olduğu tebliğ gösterilebilir. Bu tebliğe göre ilgili kişiler ve makamlar sabıka kayıtlarını sadece önemli durumlarda, meşru ve ayrımcılığa yol açmayacak şekilde kullanma hakkına sahiptir. Aksi durum Adil Barınma Kanunu'na⁵⁹ aykırı olacaktır. Eğitim kurumlarına kabul aşamasında ise “*adli sicilin ötesine geç (beyond the box)*” anlayışı ile artık bu kayıtlar hakkında lüzumsuz geniş sorular sorulması engellenmiştir⁶⁰.

Tahliye sonrasında eski hükümlünün toplumla yeniden bütünleşmesini sağlayacak en önemli unsur, onlara hayatlarını idame ettirebilecekleri bir iş olanağı sağlamaktır. Ancak yukarıda da belirtildiği üzere toplumun eski hükümlülere karşı bir önyargısı bulunmaktadır. Bu engeli aşmak adına çeşitli düzenlemeler yapılmıştır. Eski hükümlü çalıştırma zorunluluğu bunlardan bir tanesidir⁶¹. Devletimizde bu durum 4857 sayılı İş Kanunu'nun “*özürlü ve eski hükümlü çalıştırma zorunluluğu*” başlıklı 30. maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddeye göre; “*işverenler, elli veya daha fazla işçi çalıştırdıkları özel sektör işyerlerinde yüzde üç özürlü, kamu işyerlerinde ise yüzde dört özürlü*

⁵⁸ Savcı, s. 79.

⁵⁹ Fair Housing Act, 42 U.S.C. § 3601–3619 (2012).

⁶⁰ Obama, s. 834.

⁶¹ Savcı, s. 79.

ve yüzde iki eski hükümlü işçiyi meslek, beden ve ruhi durumlarına uygun işlerde çalıştırmakla yükümlüdürler.” Görülmektedir ki, Türk Hukuku’nda sadece kamu işyerlerinde eski hükümlü çalıştırma zorunluluğu mevcuttur. Özel sektörden bu yükümlülük 15.05.2008 tarih ve 5763 sayılı Kanununun 2. maddesi ile kaldırılmıştır⁶². Bunun nedeni ise işverenlerin eski hükümlülerin vasıfsız ve yetersiz olduğu yönündeki itirazlarıdır⁶³.

İşverenlerin eski hükümlü çalıştırmama yönündeki tutumlarını ayrımcılık yasağı açısından da değerlendirmek gerekmektedir. Esas itibariyle ayrımcılık yasakları, gerek BM ve ILO sözleşmeleri, AB hukuku gibi uluslararası ve uluslar üstü hukuklarda gerekse ulusal mevzuatlarda geniş yer bulmaktadır⁶⁴. Ancak “*eski hükümlü olma*” durumu, uluslararası herhangi bir metinde ayrımcılık yasağına giren kriterlerden birisi olarak sayılmamıştır. Türk Hukuku’nda da eski hükümlüler açık olarak ayrımcılık yasağı kapsamında korunan kişi kategorisinde sayılmamıştır. Bununla birlikte ayrımcılık yasağının düzenlendiği, İş Kanunu m. 5’te bazı unsurlar sayılmış ve devamında “*ve benzeri sebepler*”le istihdamda ayırım yapılamayacağı belirtilmektedir. Görülmektedir ki, ayrımcılık yasağı kapsamında değerlendirilen hususlarda bir sınırlama yapılmamıştır. Bu durumda eski hükümlü olmanın da ayrımcılık yasağı kapsamında değerlendirilebilmesinin önünde bir engel bulunmamaktadır⁶⁵.

IV. TOPLUMLA YENİDEN BÜTÜNLEŞTİRME BAKIMINDAN BENİMSENEN YÖNTEMLER

Devletlerin, hükümlüleri toplumdan dışlamamayı taahhüt etmesi, onlara salıverildikten sonra toplumla yeniden bütünleşme imkânı sunması ve bu çerçevede uluslararası kabul görmüş normlara ve standartlara dayalı kapsamlı politikalar tasarlaması önemlidir. Ancak uluslararası standartları karşılama amacına rağmen, her devletin kendi özellikleri ve ihtiyaçları göz önüne alındığında tek bir toplumla yeniden bütünleştirme modelinin olamayacağı anlaşılmaktadır. Bu bağlamda yeterli ve etkin bir toplumla yeniden bütünleştirme modelinin belirlenmesi konusunda farklı yaklaşımlar ileri sürmektedir. Tüm bu farklara rağmen, bütün bu yaklaşımlar hangi

⁶² Murat Engin, “Suçu Önleyici Tedbirler Bağlamında Ceza İnfaz Kurumlarında Çalışma ve Eski Hükümlü İstihdamı”, *Çalışma İlişkileri Dergisi*, 3(2), 2012, s. 34.

⁶³ Savcı, s. 79.

⁶⁴ Engin, s. 33.

⁶⁵ Engin, s. 34.

şartlar altında bu çalışmaların başarılı ve etkili olduğu sorusunu cevaplamaya çalışmaktadır⁶⁶. Bu konuda belli başlı 3 yaklaşım bulunmaktadır. Bunlar; “*hangisi işe yarar?*” (*What Works?*), “*risk – ihtiyaç – duyarlılık*” (*risk-need-responsivity*) ve “*suçtan vazgeçme*” (*desistance*) yaklaşımlarıdır⁶⁷.

İncelenmesi gereken ilk yaklaşım “*hangisi işe yarar?*” yaklaşımıdır. Bu yaklaşım, hükümlülerin toplumla yeniden bütünleştirilmesinde hangi programların işe yarayıp hangilerinin yaramadığını toplanan verilerin analizi ve sistematik doktrin taramaları ile nesnel olarak tespit etmektir⁶⁸. Bu yaklaşıma göre, bir programın işe yarayıp yaramadığı, tekrerrüri azaltma oranı ile ölçülür. İslah programları ile ilgili ilk araştırmalar genel olarak hangi programların daha iyi sonuç verdiğini tespit etmeye odaklanmışken, güncel çalışmalar ise bazı programların neden bazı hükümlüler üzerinde daha iyi sonuç doğurduğunu ve hangi faktörlerin daha etkili programlar oluşturmaya yardımcı olduğunu anlamaya yönelmiştir⁶⁹.

Oldukça etkili olduğu ileri sürülen⁷⁰ “*risk – ihtiyaç – duyarlılık*” yaklaşımı farklı alanlardaki kriminolojik araştırma bulgularını bir modelde toplamaktadır⁷¹. Bu yaklaşım; risk, ihtiyaç ve duyarlılık olmak üzere 3 ana ilkeye sahiptir. Bunlardan risk ilkesi, hükümlülere uygulanacak ıslah programlarının yoğunluğunun onların tekrerrür risk seviyesine göre belirlenmesini önermektedir⁷². Buna göre, yüksek risk taşıyan hükümlülere daha ağır ve yoğun programlar uygulanacakken, düşük risk taşıyanlar ise daha hafif programlara tabi tutulacaktır. İhtiyaç ilkesi; hükümlülere uygulanacak

⁶⁶ Ineke Pruin, “‘What Works’ and What Else Do We Know? Criminological Research Findings on Transition Management”, *European Treatment, Transition Management, and Re-Integration of High-Risk Offenders*, Ed. Dünkül J. Jesse/ Ineke Pruin/ M. von der Wense, s. 181-196. Forum Verlag Godesberg, s. 188.

⁶⁷ Charlotte Gisler/ Ineke Pruin/ Ueli Hostettler, *Experiences with Welfare, Rehabilitation and Reintegration of Prisoners – Lessons Learned?*, Working Paper 2018/5 – The United Nations Research Institute for Social Development (UNRISD), 2018, s. 7.

⁶⁸ James McGuire, “What Works to Reduce Re-offending 18 Years On.” In *What Works in Offender Rehabilitation. An Evidence-Based Approach to Assessment and Treatment*, edited by L.A. Craig, T.A. Gannon and L. Dixon, L., s. 20-50.

⁶⁹ Gisler, Pruin, Hostettler, s. 7.

⁷⁰ Caleb Lloyd, Ralph Serin “Offender Change in Treatment”, *Encyclopedia of Criminology and Criminal Justice*, Ed: G. Bruinsma ve D. Weisburd, 3301-3311; Yazarlar bu prensibi “*dünya genelinde rehber kabul edilen prensip*” olarak görmektedir.

⁷¹ Donald Andrews/ James Bonta, *The Psychology of Criminal Conduct*, 6. Baskı, New Providence: Matthew Bender and Company, 2016, s. 231.

⁷² Gisler, Pruin, Hostettler, s. 9.

programların onların kriminolojik ihtiyaçlarına ve özellikle suçla ilgili olabilecek dinamik faktörlere odaklanması gerektiğini ifade etmektedir. Dinamik faktörler ile kastedilen; otoriteye saygısızlık, anti-sosyal davranışlar, bağımlılık problemleri, suça yönelen ortam, okuma yazma ve mesleki eğitim yetersizliği gibi hususlardır. İhtiyaç ilkesine göre; yeterli terepatik programlar ve eğitimlerle aşılabilecek bu problemler ıslah faaliyetlerinin ana konusu olmalıdır. Son olarak duyarlılık ilkesi ise; ıslah programlarının hükümlülerin öğrenme kapasiteleri ve yöntemlerine göre adapte edilmesi gerektiğini iddia etmektedir. Hükümlülerin motivasyon ve kararlılıkları ile kültürel geçmişleri göz ardı edilmemelidir⁷³.

İncelenecek olan son yaklaşım ise “*suçtan vazgeçme*” yaklaşımıdır. Bu yaklaşıma göre, bir hükümlünün suç hayatını sona erdirmesi ancak sosyal bağların güçlenmesi ve toplumla bütünleşme imkânlarının artması ile mümkündür. Toplumla yeniden bütünleşme programlarının bu anlayışla düzenlenmesi ile başarıya ulaşabileceği ve tekerrürün azaltılacağı düşünülmektedir. Bununla birlikte suçtan vazgeçme bir süreç olup bunun birçok aşaması bulunmaktadır. Başlangıç olarak hükümlünün değişmeye yönelik bir karar vermesi ve zihni bir çaba ortaya koyması gerekmektedir. Daha sonra hükümlünün eski hayatına dönmesini engelleyecek örneğin evlenme, aile kurma veya takip edilen bazı programlar gibi bazı dönüm noktaları olmalıdır. Son olarak ise hükümlünün hayatını değiştirme kararlılığı davranışlarına yansımalıdır⁷⁴.

V. TOPLUMLA YENİDEN BÜTÜNLEŞTİRMEDE BAŞARILI DEVLET ÖRNEKLERİ

Hükümlülerin toplumla yeniden bütünleştirilmesine yönelik çabalar birçok devlette görülmektedir. Ancak düşük hapsedme oranı ve güçlü refah sistemiyle tanınan Norveç, toplumun yeniden entegrasyon sürecine aktif bir şekilde katılımını önemseyen Kanada, azalan hapsedme oranı ve “*suça dönüş yok, suça dönüşün kolaylaştırılması yok*” yaklaşımıyla dünyanın en güvenli ülkesi olma hedefini benimseyen Japonya⁷⁵ ve sosyal devlet ilkesinin bir gereği olan yeniden sosyalleşme hakkını anayasal bir güvenceye bağlayan Almanya özellikle incelenmesi gereken devletler arasındadır.

⁷³ Andrews/ Bonta, s. 231; Gisler/ Pruin/ Hostettler, s. 9.

⁷⁴ Gisler/ Pruin/ Hostettler, s. 11.

⁷⁵ Gisler/ Pruin/ Hostettler, s. 5.

A. Kanada

Kanada’da hükümlülerin başarılı bir şekilde yeniden entegrasyonunun sağlanabileceği inancı hâkimdir⁷⁶. Kanada yaklaşımı; hükümlülerin toplumla yeniden bütünleştirilmesinin ancak, bir yanda ceza infaz kurumunda kalınan süre boyunca topluma kademeli dönüşü sağlayacak çalışmalar yapılması, diğer yanda ise toplumun bu konuda duyarlı davranması ve hükümlülerin topluma katılımını desteklemesi ile mümkün olacağı kabulü üzerine kurulmuştur⁷⁷. Kanada’da suçluların rehabilitasyonu ve yeniden entegrasyonuna katkıda bulunan programların sağlanmasından ve tahliye sonrası denetimden Kanada İslah Servisi (Correctional Services Canada - CORCAN) sorumludur (1992 İslah ve Şartlı Tahliye Kanunu, 5. Bölüm). Kanada İslah Servisi, hükümlülerin infaz kurumuna kabul sürecinde ve giriş değerlendirmesi yoluyla toplanan bilgilere dayanarak ve hükümlüyle işbirliği içerisinde hükümlünün ihtiyaçları ve davranışlarına yönelik bir ıslah planı oluşturmaktadır⁷⁸. Bu ıslah planı hükümlülerin, ceza infaz kurumu kurallarına uyması ve topluma yeniden kazandırılmalarına yardımcı olmak için geliştirilen programlara aktif olarak katılmalarını amaçlamaktadır. Toplumun da bu sürece katılımı önemlidir. Bu nedenle Kanada İslah Servisi toplumla işbirliğine de büyük önem vermektedir. Vatandaşlar infaz kurumlarında gönüllü olarak, sosyal yardım etkinliklerine katılarak veya vatandaş danışma komiteleri aracılığıyla bilgi ve becerilerini paylaşıp, Kanada İslah Servisi ile aktif bir şekilde çalışmaktadır⁷⁹.

Kanada İslah Servisi’nin hükümlülere hapsedme sürecinde ve tahliyeden kısa bir süre sonraya kadar iş ve mesleki eğitim vermek yoluyla onların rehabilitasyonu ve topluma yeniden katılmalarına katkı sağlamayı amaçlayan CORCAN isimli bir programı bulunmaktadır⁸⁰. Bu program Kanada İslah Servisi’nin en önemli programlarından biri olup, 29 ceza infaz kurumunda bazı iş kollarında çiraklık imkânı sağlamakta, toplum hizmeti ve mesleki eğitim faaliyetleri yürütmektedir. Ayrıca hükümlülerin, ceza infaz kurumu dışında belirli bir süre çalışması veya kamu hizmeti görmesi için iş izinleri de sağlanmaktadır. Söz konusu bu programlara katılan hükümlülere çeşitli

⁷⁶ Standing Senate Committee of Human Rights, *Report on the Human Rights of Federally Sentenced Prisoners*, 2021, <https://sencanada.ca/content/sen/committee/432/RIDR/reports/2021-06-16_FederallySentenced_e.pdf>, Erişim Tarihi 26 Ocak 2024, s. 240.

⁷⁷ Gisler/ Prui/ Hostettler, s. 19.

⁷⁸ Standing Senate Committee of Human Rights, s. 63.

⁷⁹ Gisler/ Prui/ Hostettler, s. 19.

⁸⁰ Standing Senate Committee of Human Rights, s. 25.

ödemeler yapılmaktadır. Bu sayede hükümlülerin sorumluluk almaları ve tahliye sonrası için birikim yapmaları teşvik edilmektedir⁸¹.

Hükümlülerin başarılı bir şekilde toplumla yeniden bütünleştirilmesinin bir diğer yolu ise hapsedme süreci boyunca aile ve dış dünya ile bağını koparılmamasıdır. Rutin ziyaretlerin yanında Kanada Islah Servisi ayrıca, hükümlülere *özel aile ziyaretleri* imkânı da tanımaktadır⁸². Hükümlü yakınları önceden Kanada Islah Servisi'ni web sitesi yoluyla sanal olarak gezebilecekleri ziyaret alanlarında hükümlü yakınları ile vakit geçirebilmektedir⁸³. Bu ziyaretler ceza infaz kurumunun sınırları içerisinde genellikle iki oda, mutfak ve banyo içerecek şekilde inşa edilmiş basit dairelerde gerçekleştirilmekte ve 72 saate kadar sürmektedir. İki ayda bir gerçekleştirilen bu ziyaretler için hükümlü ve aileleri önceden kayıt yaptırmak zorundadır. Ayrıca bu imkândan faydalanmak için hükümlü ya öncelikle 3 rutin ziyaret gerçekleştirmeli ya da ceza infaz kurumunda olaysız bir 3 ay geçirmelidir. Ancak tüm bu şartlardan sonra hükümlünün bu özel ziyaret imkânından faydalanması mümkündür⁸⁴. Son olarak Kanada Ceza İnfaz Kurumu Kardeşliği⁸⁵ isimli bir sivil toplum kuruluşu hükümlülerin dış dünya ile bağlarının kopmasını engellemek için gönüllü yazarlarla hükümlüleri mektup arkadaşı olarak eşleştirmektedir. Bu sayede hükümlülerin farklı bağlar kurması sağlanmaktadır⁸⁶.

Kanada hukuk sisteminde hükümlüler tahliye edildikten sonra şartlı tahliye ve denetimli serbestlik kurumlarının gözetimine tabi tutulmaktadır⁸⁷. Bu kurumların yürüttüğü çalışmaların denetim, hükümlülerin katılacağı faaliyetlerin organize edilmesi ve toplumun bu sürece dâhil edilmesi olmak üzere 3 ana unsuru bulunmaktadır⁸⁸. Denetim işi Kanada Islah Servisi denetimli serbestlik servisi çalışanları ile gönüllüler eliyle yürütülmekte olup, hükümlülerin izlenmesi ve onlarla irtibat kurulmasından ibarettir.

⁸¹ Gisler/ Pruin/ Hostettler, s. 23.

⁸² Gisler/ Pruin/ Hostettler, s. 21.

⁸³ Standing Senate Committee of Human Rights, s. 94.

⁸⁴ <<https://www.csc-scc.gc.ca/lois-et-reglements/710-8-cd-eng.shtml>>, Erişim Tarihi 26 Ocak 2024.

⁸⁵ <<https://prisonfellowship.ca/>>, Erişim Tarihi 26 Ocak 2024.

⁸⁶ Gisler/ Pruin/ Hostettler, s. 21.

⁸⁷ Amelia Usher ve Lynn Stewart, "Effectiveness Of Correctional Programs With Ethnically Diverse Offenders: A Meta-Analytic Study", *International Journal Of Offender Therapy And Comparative Criminology*, 58(2), 2014, s. 212.

⁸⁸ Gisler/ Pruin/ Hostettler, s. 26.

Hükümlülerin için düzenlenen faaliyetler ise onların ihtiyaçları ve bireysel özelliklerine göre dizayn edilmektedir⁸⁹. Son olarak toplumun bu faaliyetlere katılımı ise farklı yollarla mümkün olmaktadır⁹⁰. Örneğin, insanların bilgi ve becerilerini aktarmak adına gönüllü olarak Vatandaş Danışma Komiteleri'ne veya hükümlülere topluma faydalı olabilme imkânı sunan Topluma Geri Ver programlarına katılmaları mümkündür⁹¹. Tüm bu farklı toplum katılım biçimleri hükümlülerin toplumla yeniden bütünleştirilme sürecinde kritik bir öneme sahiptir.

Bununla birlikte bu sürecin başarıya ulaşması için ayrıca sivil toplum kuruluşlarının da faaliyet gösterdikleri görülmektedir. Buna örnek olarak tahliye edilen hükümlülerin geçici olarak kalmaları ve gelişimlerinin izlenmesi için kullanılan ve sivil toplum kuruluşları tarafından işletilen Toplum İkamet Tesisleri'ni vermek mümkündür⁹². Bunun yanında; iş izni, günlük izin veya şartlı tahliye halleri de dâhil olmak üzere herhangi bir serbest bırakma halinde hükümlülere kalacak yer imkânı sağlayan ve Kanada İslah Servisi tarafından idare edilen Toplum İslah Merkezleri de bulunmaktadır. Ayrıca onarıcı adalet amacıyla hareket eden ve cinsel suçların faillerinin toplumla yeniden bütünleşmelerine yardımcı olmak için kurulmuş olan Destek ve Hesap Verilebilirlik Halkaları da bu sürecin aktörlerinden bir tanesidir⁹³.

B. Norveç

Norveç de dahil olmak üzere İskandinav ülkelerinin infaz sistemleri, dünyadaki en insancıl sistemler olarak sınıflandırılmakta ve algılanmaktadır. Sistem cezalandırmaya değil yardım etme anlayışına dayanır ve toplumla yeniden bütünleştirme biçimleri açısından en iyisi olarak kabul edilir⁹⁴.

Norveç'te hapis cezalarının infazından Adalet Bakanlığı'na bağlı

⁸⁹ Gisler/ Pruin/ Hostettler, s. 26.

⁹⁰ Usher/Stewart, s. 216.

⁹¹ Nada Sarkis/Lindos Daou, ““Giving Back To The Community, An Obligation Or An Option Today?” Case Of The Educational Sector in Lebanon”, *International Strategic Management Review*, 2013, s. 60.

⁹² Angelo Barbato/ Graziella Civenti/ Barbara D'Avanzo, “Community Residential Facilities in Mental Health Services: A Ten Year Comparison in Lombardy”, *Health Policy*, 2017, s. 1; Usher/ Stewart, s. 215.

⁹³ Gisler/ Pruin/ Hostettler, s. 27.

⁹⁴ Daria Becker-Pestka, *E-learning for Prisoners Experience from Sweden, Norway, Poland, Finland and Germany*, *International Journal of Research in E-learning*, 8 (1), 2022, s. 7.

bir kurum olan Norveç İslah Servisi sorumludur⁹⁵. Norveç'te ıslah faaliyetlerinin temel amacı hükümlülerin aşamalı bir şekilde toplumla yeniden bütünleştirilmesidir. Bu bağlamda hükümlüler hapis cezası boyunca yüksek güvenli kurumlardan daha az güvenli kurumlara nakledilir ve en nihayetinde ise tahliye aracılığıyla topluma döner. Norveç'te hükümlülerin toplumla yeniden bütünleştirilmesi, hükümetin politika beyanlarında da geçtiği üzere, “*garanti*” edilmektedir⁹⁶. Bu amaca ulaşmak ve hükümlülerin toplumla bütünleşmesini sağlamak adına ilgili tüm kamu kurumlarının işbirliği içerisinde seferber edilmesi düşünülmektedir⁹⁷. Buna rağmen, bu toplumla yeniden bütünleştirme garantisi yasal bir zemine oturtulmamıştır. Diğer bir deyişle devletin bu konuda yüklenmiş olduğu pozitif bir yükümlülüğü bulunmamaktadır. Bu durum sadece Norveç hükümetinin hükümlülerin ıslah edilmesi ve toplumla yeniden bütünleştirilmesi konularına gösterdiği hassasiyeti anlatmaktadır. Bu hassasiyetin uygulamaya aksettirilmesi ise ancak barınma, istihdam, sağlık hizmetleri ve eğitim gibi alanlarda kurumların ve toplumun işbirliği yapması ile mümkün olacaktır⁹⁸.

Norveç ceza infaz kurumu sisteminin işleyişi hem güvenlik ihtiyaçlarının karşılanması hem de özgürlükten mahrum bırakılmadan mutlak özgürlüğe kademeli geçişi kolaylaştırma amaçlarını taşımaktadır. Kademeli bir şekilde toplumla yeniden bütünleşme, ceza infaz kurumu yaşamının normalleştirilmesi ilkesi ile de uyusmaktadır. Zira ceza infaz kurumundaki hayat ne kadar “*normal*” olur yani dış dünyaya benzerse hükümlülerin toplumla yeniden bütünleştirilmesi de o kadar kolay olacaktır. Bu sebeple de hükümlüler özgürlüklerinden mahrum kaldıkları süre boyunca yüksek güvenli kurumlardan daha az güvenli kurumlara ve bazen *yarı yol evlerine* nakledilmektedir⁹⁹.

Hükümlüler, yapılan giriş değerlendirmesinden sonra ihtiyaçları ve risk derecelerine göre farklı güvenlik seviyelerindeki ceza infaz kurumlarına yerleştirilmektedir. Norveç İslah Sistemi, hükümlülerin rehabilite edilmesi ve başarılı bir şekilde toplumla yeniden bütünleştirilebilmesi için hükümlüler

⁹⁵ Gisler/ Pruin/ Hostettler, s. 29.

⁹⁶ Introductory Handbook On The Prevention Of Recidivism And The Social Reintegration Of Offenders, UN Office On Drugs And Crime, 2018, s. 43.

⁹⁷ Gisler/ Pruin/ Hostettler, s. 31.

⁹⁸ Gisler/ Pruin/ Hostettler, s. 31.

⁹⁹ Introductory Handbook on The Prevention of Recidivism And The Social Reintegration of Offenders, s. 46.

hakkında bilgi toplamak adına BRIK¹⁰⁰ denen bir sistem kullanılmaktadır¹⁰¹. BRIK sisteminin üç ana ilkesi bulunmaktadır. Bunlardan risk ilkesi; hükümlüye gösterilecek muamelenin onun tekrar suç işleme ihtimali ile örtüşmesi gerektiğini ifade etmektedir. İhtiyaç ilkesi ise hükümlünün tekrar suç işleyip işlemeyeceğini tahmin etmeyi kolaylaştıran göstergelerden olan ihtiyaçlar ve dinamik ihtiyaç-risk faktörlerine odaklanır¹⁰². Son olarak sorumluluk ilkesi ise hükümlüleri, rehabilitasyon ilkesi bağlamında gerçekleştirilen aktivite ve eğitimlerden azami bir şekilde faydalandırmayı amaçlamaktadır. BRIK sistemi hükümlülerin ihtiyaçlarını ve risklerini tespit etmek için bilişim teknolojilerini kullanmakta ve tutukluluk aşamalarında elde edilen hükümlü görüşlerini de dikkate almaktadır¹⁰³. Hükümlüler bu çalışmalara katılıp görüş bildirmekte tamamen serbesttir. Fakat bu görüşler her hükümlünün ihtiyaçlarına ve özelliklerine göre bir rehabilitasyon programı oluşturmak ve toplumla yeniden bütünleştirmelerini kolaylaştırmak adına elzem olduğu için hükümlülerin görüş bildirmeleri menfaatleri gereğidir.

Hükümlülerin toplumla başarılı bir şekilde yeniden bütünleştirilmesi sadece tutuldukları kurumun güvenlik derecesi ile mümkün değildir. Aynı zamanda hükümlünün bu süre boyunca dış dünya ile bağının da koparılmaması gerekmektedir. Bunun yollarından bir tanesi ise aile ziyaretleridir¹⁰⁴. Norveç'te hükümlüler, mümkün olduğunca ailelerine yakın bir ceza infaz kurumunda tutulmaktadır. Ayrıca, hükümlüler rutin ziyaretler, telefon görüşmeleri, mektuplaşma gibi hakların yanında aile ziyaretleri yapma imkânı da tanınmaktadır. Tıpkı Kanada'da olduğu gibi burada da, hükümlüler aileleri belirli bir süre özel hazırlanmış dairelerde vakit geçirebilmektedir¹⁰⁵.

Normallik ilkesi bağlamında, ceza infaz kurumu yaşamı ile dış dünya arasında fark ne kadar az olursa, kademeli bir şekilde özgürlüğe dönüş ilkesini uygulamak o kadar kolay olacaktır. Norveç'in dengeli ceza infaz sistemi ise

¹⁰⁰ BRIK hükümlülere ihtiyaçları ve risklerini tespit etmek adına kullanılan "behovs-og ressurskartlegging i kriminalomsorgen" tabirinin kısaltmasıdır.

¹⁰¹ Gunnar Vold Hansen/ Finn Samuelsen, "Assessment Of Offenders: New Trends in Norway", *Eurovista Vol: 4.2*, <<https://www.cep-probation.org/wp-content/uploads/2019/01/VOL-4.2-assessment-of-offenders-norway.pdf>> , Erişim Tarihi 26 Ocak 2024, s. 2.

¹⁰² Gisler/ Pruin/ Hostettler, s. 32.

¹⁰³ Hansen/ Samuelsen, s. 8.

¹⁰⁴ Gisler/ Pruin/ Hostettler, s. 33.

¹⁰⁵ Meagan Denny, "Norway's Prison System: Investigating Recidivism And Reintegration", *Bridges: A Journal of Student Research*, 10(10), 2016, s. 28.

sadece cezalandırmaya değil, hükümlüyü suçsuz bir hayata hazırlamaya elverişli cezaya odaklanmaktadır. Bu bağlamda, Norveç İnfaz Kanunu m. 3/12'ye göre “*çalışma, eğitim ve diğer programların her biri hükümlülerin bir aktiviteye katılma yükümlülükleri bakımından eşittir*” ve eşit bir şekilde ücretlendirilir¹⁰⁶. Bunun yanında Norveç Sürekli Eğitim Merkezi cezaevlerinde pek çok eğitim programı düzenlemekte ve hükümlüler şahsi özellikleri ve gelişim durumlarına uygun eğitimlere yönlendirilmektedir. Tüm bu pratik uygulamalar Norveç Çalışma ve Refah Servisi'nin her ceza infaz kurumunda, eğitim ve istihdam gibi ilgili meselelerle alakalı danışmanlık hizmeti vermek üzere bulundurduğu personellerle de desteklenmektedir¹⁰⁷.

Norveç geleneksel olarak hükümlüleri eğitim ve öğretim sürecine dahil etmeye çalışmaktadır. Şu anda tüm hükümlülerin yaklaşık yüzde otuzu okul ödevlerini yapmaktadır. Norveç ceza infaz sistemi tarafından uygulanan görev, cezaevlerinde e-öğrenmenin tanıtılması ve kullanımının yaygınlaştırılması için çaba sarf edilmesini gerektirmektedir. E-öğrenme birkaç yıldır düşük güvenliğin cezaevlerinde kullanılmaktadır¹⁰⁸.

Norveç aynı zamanda Avrupa proje işbirliği “PIPELINE “a da katılmıştır. Norveç, PIPELINE - Cezaevi Eğitiminde Ortaklıklar projesinde ortak ülke olmuştur. Proje, cezaevi eğitiminde BİT'i öğrencilerin ve öğretmenlerin kullanımına sunarak Avrupa'da cezaevi eğitiminin iyileştirilmesine yardımcı olmak amacıyla geliştirilmiştir. Ayrıca, cezaevi içindeki ve dışındaki yaşam arasında köprü kurarak yeniden suç işleme olasılığını azaltmaya çalışmıştır. PIPELINE hem erkek ve kadın hükümlüleri hem de cezaevi eğitimcilerine yöneliktir¹⁰⁹.

Norveç ayrıca Uzaktan Eğitim Ortamlarının Gelişimini Hızlandırma Projesine (P.A.D.D.L.E) de katılmıştır. Proje, ortak ülkelerde uzaktan ve e-öğrenmenin kullanımını ve yöntemlerini ve bunların hükümlülere sunulan eğitim ve öğretim yelpazesini genişletip genişletemeyeceğini araştırmak üzere yola çıkmıştır. Norveç'te, Islah Hizmetleri için Öğrenme Altyapısı Avrupa Transferi (LICOS) projesi de uygulanmıştır. Bu proje, pedagojik, organizasyonel, politik ve teknik yaklaşımların yanı sıra güçlü güvenlik

¹⁰⁶ <https://lovdata.no/dokument/SFE/forskrift/2002-02-22-183#KAPITTEL_3> Erişim Tarihi 26 Ocak 2024.

¹⁰⁷ Gisler/ Pruin/ Hostettler, s. 33.

¹⁰⁸ Becker-Pestka, s. 8.

¹⁰⁹ Becker-Pestka, s. 9.

gereksinimlerini de göz önünde bulundurarak cezaevi eğitimi için bir Avrupa e-öğrenme çerçevesi geliştirmeyi amaçlamaktadır. Norveç ayrıca Sanal Avrupa Cezaevi Okulu'nun da ortağı olmuştur. Projenin temel amacı, suçluların tahliye edildikten sonra topluma yeniden entegrasyonlarını sağlamak için hayat boyu öğrenmeye katılımlarını artırmaktır. Proje, cezaevlerinde eğitim ve öğretimin sağlanmasında tespit edilen ihtiyaçları ele almayı ve stratejik politikalar belirlemeyi amaçlamaktadır¹¹⁰.

Hükümlülerin toplumla yeniden bütünleştirilmesi çalışmaları hapis cezasının infazı süreciyle kısıtlı olmayıp, tahliye sonrasında da devam etmektedir¹¹¹. Bununla birlikte ikinci evre denilebilecek olan bu aşama aslında tahliye hazırlıkları ile başlamaktadır. Bu bağlamda, cezanın uzunluğuna bakılmaksızın gerekli tahliye hazırlıklarının zamanında yapılması gerekmektedir (Norveç Ceza İnfaz Kanunu m. 41). Tahliye gerçekleştikten sonra eski hükümlülerin sorumluluğu Denetimli Serbestlik Servisi'ne geçmektedir. Bu servis hükümlülerin katılmaları gereken programları takip etmekte ve gerekirse mağdur ile hükümlüler arasında arabuluculuk yapmaktadır. Norveç'te kamu yararına çalışma ve hükümlünün ihtiyaçlarına uygun programlara katılma gibi kamusal yaptırımlarının hapis cezasından daha etkili olduğu düşünülmektedir¹¹². Hatta bu konuda Norveç Meclisi (Stortinget)¹¹³; *“toplum içerisinde ceza yaptırımlarının uygulanması hükümlülerin rehabilite edilmesi açısından ceza infaz kurumundan daha faydalıdır ve bu yüzden de en iyi uzun vadeli toplum koruma metodudur”* demiştir¹¹⁴. Bu sebeple de Norveç'te genellikle kamusal yaptırımları tercih edilmektedir.

C. Japonya

Japonya'da hükümlülere gösterilecek muamele ve ıslah faaliyetlerinden Adalet Bakanlığı'na bağlı Islah Bürosu sorumludur. Japonya 2013 yılında, 2020 yılında Tokyo'da gerçekleştirilecek Olimpiyatlar ve Paralimpik

¹¹⁰ Angélica Monteiro/ Rita Barros , Carlinda Leite, *“Lifelong learning through e-learning in european prisons:*

Rethinking digital and social inclusion”, Proceedings of INTED2015 Conference 2nd-4th March 2015, s. 1041.

¹¹¹ Denny, s. 32.

¹¹² Gisler/ Pruin/ Hostettler, s. 30.

¹¹³ <<https://www.stortinget.no/en/In-English>> Erişim Tarihi 26 Ocak 2024.

¹¹⁴ Denny, s. 32.

Oyunlar'a kadar, Japonya'yı dünyanın en güvenli ülkesi haline getirmeyi amaçlayan bir strateji benimsemiştir¹¹⁵. Bunun yolunun ise kapsamlı bir suç kontrol mekanizması geliştirmekten geçtiğini inanmışlardır. Bu stratejinin kapsamına sadece suçu önleme faaliyetleri değil aynı zamanda etkili rehabilitasyon ve toplumla yeniden bütünleştirme programlarıyla tekerrürün önlenmesi de girmektedir¹¹⁶. Islah Bürosu bu bağlamda toplumla başarılı bir şekilde yeniden bütünleşmenin önünde başlıca iki engel olduğunu tespit etmiştir: (i) uyuşturucu alışkanlığı gibi bireysel problemler ve (ii) hapsedilme sebebiyle zayıflayan aile bağları ve bundan dolayı iş ve barınma imkânlarının azalması. Bu problemlerin ve tekerrürün üstesinden gelebilmek için Islah Bürosu, bilimsel çalışmalara dayanan ve her hükümlünün kişisel özelliklerine göre şekillendirilen rehabilitasyon programları sunmaya, danışmanlık ve destek hizmetleri vermeye çalışmaktadır.

Japon adalet sisteminde hapis cezası çalışma şartlı olarak verilebileceği gibi tek başına da verilebilmektedir¹¹⁷. Özgürlükten mahrum bırakılan süre boyunca, Islah Bürosu toplumla yeniden bütünleşme amacı doğrultusunda hükümlüleri dönüştürmek için ıslah programları uygulamaktadır. Tüm bu çalışmalar Şartlı Tahliye ve Denetimli Serbestlik sistemi tarafından desteklenmektedir. Bu sistem gereğince denetimli serbestlik görevlileri ile gönüllü görevliler (eski) hükümlüleri rehabilitasyon ve toplumla yeniden bütünleşme sürecinde izlemekte ve onlara destek olmaktadır¹¹⁸.

Japonya'da ceza infaz rejimi, tıpkı Norveç'te olduğu gibi, gelişime bağlı ilerleme üzerine kurulmuştur¹¹⁹. Hükümlülerin sınıflandırılmasının da yardımı

¹¹⁵ Sebastian Polak-Rottmann, "The Safest Country in The World? Notions of Risk And Security in The Japanese Private Security Industry", *Vienna Journal of East Asian Studies*, 10(1), s. 84, (83-106); Fumiko Akashi, "The Role of Volunteer Probation Officers in Japan – Recent Challenges and Responses" *International Journal of Law Crime and Justice*, 54, s. 125.

¹¹⁶ Gisler/ Pruin/ Hostettler, s. 39.

¹¹⁷ Prison Conditions in Japan, Human Rights Watch /Asia Human Rights Watch Prison Project, 1995, s. 38.

¹¹⁸ Gisler/ Pruin/ Hostettler, s. 40. Ülke genelinden yaklaşık 52.500 gönüllü görevli pozisyonu bulunmaktadır. Gönüllü görevli olabilmek için bir kimsenin öncelikle hâlihazırda gönüllü görevli olan birisi tarafından halef olarak gösterilmesi gerekmektedir. Daha sonra bu adaylar Denetimli Serbestlik Ofisi tarafından sınava tabi tutulmaktadır. Bu sınavda başarılı olan adaylar ise son olarak Gönüllü Görevli Değerlendirme Komisyonu tarafından son bir elemeye tabi tutulmaktadır. Bu elemeyi de geçip resmi olarak atanan adaylar hükümet görevlileri ile aynı statüye sahip olmaktadır. Fakat gönüllü görevliler bu faaliyetleri karşılığında herhangi bir ücret almamaktadır. Bkz. Polak-Rottmann, s. 90; Akashi, s. 126.

¹¹⁹ Gisler/ Pruin/ Hostettler, s. 41.

ile bu ilerleme sistemi sayesinde, hükümlülerin bireysel ihtiyaçlarına göre hazırlanmış olan ıslah programları onların gelişim durumlarına göre revize edilerek uygulanmaktadır. Tüm bu bireyselleştirme çabalarına rağmen bütün ıslah programları temelde 3 esas üzerine kuruludur: (i) çalışma ve mesleki eğitim, (ii) uyuşturucu alışkanlığını yenme, cinsel suçların önlenmesi, trafik güvenliği eğitimi veya istihdam rehberliği gibi programlar aracılığıyla hükümlülerin dönüştürülmesi, (iii) temel eğitim konularını ve özel rehberlik gerektiren alanları kapsayan okul dersleri aracılığıyla destek¹²⁰. Bununla birlikte Japon adalet sisteminin cinayet, ölüme sebebiyet veren soygun gibi hallerde asılmak suretiyle idam cezasının verildiğini de belirtmek gerekmektedir.

Islah Bürosu, hükümlülere sabit bir gelir sağladığı ve onların bağımsız ve kurallara uyan bir vatandaş olmalarına yardım ettiği için, çalışmayı tekerrürün önlenmesinde kilit bir unsur olarak görmektedir¹²¹. Burada, birçok kamu ve özel kuruluşlarla işbirliği içerisinde hükümlülere mesleki eğitim ve iş desteği sağlayarak, tahliye sonrası mesleki yetersizlik sebebiyle işsizliğin önüne geçilmek istenmektedir. Cezaevlerindeki mesleki eğitim genel olarak yeni beceriler ve teknikler öğrenmeye dayalıdır. Bunun yanında hükümlülere aynı zamanda gerekli okul dersleri de sağlanmaktadır. Ayrıca belirtmek gerekir ki, Japonya’da genel olarak çalışma, ıslah faaliyetlerinde önemli bir yer tutmaktadır. Bundan dolayı da, Japon ceza infaz kurumlarında çalışma; üretken çalışma, mesleki eğitim ve kurum hizmetleri olarak 3 kategoriye ayrılmaktadır¹²². Hükümlülerin çoğu hapis cezasını, hukuken zorunlu olan, hükümlülerin moralini artırdığı ve disiplini sağladığı düşünülen, çalışma ile birlikte çekmektedir. Sonuç olarak, gün boyunca çok çalışmak hükümlülerin çoğu için normal olup bu yöntem ıslah programlarının bir parçası olarak görülmektedir. Günlük çalışma saatleri ve tatil günleri bir adalet bakanlığı genelgesi ile getirilen standartlarla uyum içerisinde olmak şartıyla ceza infaz kurumunun müdürü tarafından belirlenmektedir. Çalışma ücretlendirilmekte ve hükümlüler işteki başarılarına göre ek ücret de alabilmektedir. Hatta ceza infaz kurumunun müdürü izin verirse, bazı hükümlüler toplumla yeniden bütünleşmelerini kolaylaştırmak için dış dünyada bir iş kurabilmektedir¹²³.

¹²⁰ Prison Conditions in Japan, s. 40.

¹²¹ John Silva, “Corrections in Japan”, *The Encyclopedia of Corrections*, Ed. Kent R. Kerley, John Wiley & Sons Publication, 2017, s. 3.

¹²² Gisler/ Pruin/ Hostettler, s. 42; Prison Conditions in Japan, s. 39; Silva, s. 4.

¹²³ Gisler/ Pruin/ Hostettler, s. 44.

Hükümlülerin çalışma aracılığıyla toplumla yeniden bütünleştirilmesi çabaları işverenlerin de sürece dâhil edilmesiyle güçlendirilmektedir. İslah Bürosu bu sisteme katılacak yeni işverenler ve şirketler ararken, sistemin üyeleri de hükümlülerin ceza infaz kurumu çalışmasından özgür dünyadaki çalışmaya sorunsuz bir şekilde geçebilmesi için iş imkânları sağlamaktadır. Çalışmanın yanında barınma da tekerrürün önlenmesi için önemli bir faktör olarak görülmektedir. Hükümlülerin tahliye sonrası gidecek yer bulamamalarını engellemek için sivil toplum örgütleri ile işbirliği içerisinde refah otelleri (welfare hotels)¹²⁴, yarı yol evleri (halfway houses) gibi mekânlar hazırlanmaktadır¹²⁵. Toplumla yeniden dönüş yardımları, sadece istihdam ve barınmadan ibaret olmayıp aynı zamanda yaşlılar veya uyuşturucu bağımlıları, engelliler veya ailesi ile yeniden bağ kurmakta sıkıntı yaşayan gençler de dâhil olmak üzere bağımsız bir hayat sürmekte zorluk çeken herkese yapılan yardımları da kapsamaktadır. Tahliye sonrası yardımlar genellikle; sağlık yardımı, yemek, barınma, giyinme, eğitim, yol masrafı gibi kalemleri kapsamakta ve uzatma ihtimali de olmak üzere 6 ay geçerli olmaktadır¹²⁶.

D. Almanya

Toplumla yeniden bütünleşme, Alman Federal Anayasa Mahkemesi'nin (FCC) 1973 tarihli bir kararı¹²⁷ ile anayasal olarak güvence altına alınmış

¹²⁴ <https://www.moj.go.jp/ENGLISH/m_hisho06_00029.html >Erişim Tarihi 26 Ocak 2024.

¹²⁵ Silva, s. 5; Gisler/ Pruin/ Hostettler, s. 47.

¹²⁶ Gisler/ Pruin/ Hostettler, s. 47.

¹²⁷ Mahkeme'nin toplumla yeniden bütünleşme hakkını ortaya koyduğu karara konu olan olay, aslında yeniden sosyalleşmenin önündeki olası engelin medyadan geldiği bir cezaevi sonrası durumdu. Üç adam küçük bir kasaba olan Lebach'ta Alman ordusuna ait bir depoyu soymuş ve uyuyan dört askeri öldürmüştü. Bir kamu televizyonu operatörü bu olağanüstü suç hakkında bir belgesel planladı. Yayın, on yıl hapis cezasına çarptırılan bir suç ortağının serbest bırakılmasıyla aynı zamana denk getirilmişti. Suç ortağı, cezasını çektikten sonra yeni bir başlangıç yapma hakkı olduğunu ileri sürerek adının ve resminin yayınlanmasına karşı tedbir talebinde bulunmuştur. Mahkeme kararında, karşıt hakları değerlendirmiş ve davanın koşulları göz önünde bulundurulduğunda, kişilik haklarına yönelik yoğun bir saldırı gerçekleştirilebileceği için ifade özgürlüğünden ziyade kişiliğin korunmasına öncelik vermiştir. Mahkeme ayrıca, şunları belirtmiştir:

“Suçlu açısından bakıldığında, yeniden sosyalleşmeye yönelik bu menfaat, Anayasa'nın 1. maddesi ile bağlantılı olarak 2 (1) maddesi bağlamında anayasal haklardan kaynaklanmaktadır. Toplum açısından bakıldığında, sosyal devlet ilkesi, toplumda kişisel zayıflık veya kusur, yetersizlik veya sosyal dezavantaj nedeniyle sosyal gelişimleri olumsuz etkilenen gruplar için kamusal bakım ve yardımı gerektirir; hükümlüler ve eski hükümlüler de bu gruba dahildir. En önemlisi, yeniden sosyalleşme toplumun kendisinin korunmasına hizmet eder. Bu onun farklılığında yatmaktadır.” (BVerfGE 35, 202: 235-236). Bkz. Christine Morgenstern, “Judicial Rehabilitation in Germany -- The Use of Criminal Records and the

hakların ayrılmaz bir parçası olarak kabul edilmiştir. Mahkeme bu hakkı, bireyin onurlu olma ve kişiliğini özgürce geliştirme hakkından (Alman Anayasası'nın 1. ve 2. Maddeleri) ve devletin her ne sebeple olursa olsun sosyal yardıma ihtiyaç duyan gruplara yardım etme görevinden (Sozialstaatsprinzip, Madde 20) çıkarmıştır¹²⁸.

Anayasa Mahkemesi'nin bu kararı, 1976 tarihli Alman İnfaz Kanunu için bir temel vazifesi görmüştür. Toplumla yeniden bütünleştirme Alman İnfaz Kanunu'nun 2. maddesinde ceza infazının öncelikli amacı olarak düzenlenmiştir. Anılan maddeye göre, “*Hükümlünün hapis cezasını çekerek gelecekte suç işlemeyen sosyal sorumluluk bilinciyle bir yaşam sürmesi sağlanacaktır (tedavinin amacı). Hapis cezasının infazı aynı zamanda kamuyu başka suçlardan korumaya da hizmet edecektir.*” Bununla birlikte 3. maddenin 3. fıkrasında “*Hapis cezası hükümlünün özgür yaşama yeniden uyum sağlamasına yardımcı olacak şekilde tasarlanma*”sı gerektiği belirtilmiştir.

Toplumla yeniden bütünleştirme odaklı Alman infaz sistemi bireysel ıslah programıyla yakından bağlantılıdır¹²⁹. Hükümlüler ceza infaz kurumuna kabul edildikten sonra, onların kişiliği ve geçmişi hakkında bir inceleme yapılmakta ve bu inceleme temelinde bireysel bir infaz programı hazırlanmaktadır. Ceza infazı sürecinde hükümlü bu programlarla tahliye sonrasına hazırlanmaktadır. Alman ceza infaz kurumları bu amaçla, hükümlüye yeteneklerini, becerilerini ve eğilimlerini göz önüne alarak ekonomik olarak faydalı bir iş, ayrıca mesleki eğitim (*Berufsausbildung*), ileri eğitim (*berufliche Weiterbildung*) veya diğer eğitim tedbirlerine (*ausbildende oder weiterbildende Maßnahmen*) katılım imkanı sağlamakla yükümlüdür¹³⁰.

Removal of Recorded Convictions”, *European Journal of Probation* 3(1):20-35, 2011, s. 22.

¹²⁸ Morgenstern, s. 21.

¹²⁹ Alex Afouxenidis/ Guenther Klee/ Efthimios Cavouriaris, *Field Study of Ex-convicts Reintegration into Labour Market and Social Life*, National Technical University of Athens, 30 September 2003, s. 57.

¹³⁰ Alman İnfaz Kanunu “Görevlendirme” başlıklı 37. Maddesine göre, “(1) İş, temel ve ileri eğitimin özel amacı mahkuma tahliye edildikten sonra geçimini sağlayabilecek bilgi ve beceriyi kazandırmak ya da bu bilgi ve beceriyi korumak veya geliştirmek olacaktır.

(2) Cezaevi makamları mahpusun yeteneklerini, becerilerini ve eğilimlerini göz önünde bulundurarak ona ekonomik olarak verimli bir iş tahsis etmelidir.

(3) Yetenekli mahkumlara mesleki ileri eğitim, yeni bir iş için yeniden eğitim ya da diğer temel veya ileri eğitim faaliyetlerine katılma fırsatı verilmelidir.

(4) Çalışmaya elverişli olan bir mahkuma ekonomik açıdan verimli bir iş ya da (3). fıkrada belirtilen faaliyetlerden herhangi birine katılma fırsatı verilemiyorsa, bu mahkuma makul

Çalışma ve eğitim alma imkanının yanı sıra, Alman ceza infaz sisteminde sosyal-terapi kurumlarının uygulanması da topluma yeniden entegrasyon için çok önemli bir araçtır. Bu kurumlar, öncelikle ciddi suç işlemiş ve ruhsal bozukluğu olan ya da erken yaşta suç işlemiş kişilere odaklanmaktadır¹³¹. Almanya’da hükümlülerin yoğun psikolojik tedavisi özel sosyal terapi kurumlarında (Sozialtherapeutische Anstalten) veya normal cezaevlerindeki ayrı tedavi bölümlerinde gerçekleştirilmektedir. Bu arada 8 bağımsız sosyal terapi ceza infaz kurumu ve normal ceza infaz kurumlarında 53 bölüm bulunmaktadır. Bu özel kurumlarda toplamda yaklaşık 2.200 tedavi yeri bulunmaktadır. Hükümlüler ve personel arasındaki ilişki sosyal terapötik cezaevlerinde normal kurumlara kıyasla çok daha iyidir, bu nedenle daha yoğun bir tedavi gerçekleştirilebilmektedir¹³².

Almanya’da rehabilitasyon, iş arama ve entegrasyon süreçlerini ele alan MABIS, New Choices, TELiS, e-lis gibi bazı önemli projeler düzenlenmiştir¹³³. Eski hükümlüler için Eğitim ve İstihdamın Entegrasyonu (MABIS), INTEGRA tarafından finanse edilmekte ve Kuzey Ren-Vestfalya İçişleri ve Adalet Bakanlığı tarafından Alman Çalışma, Sosyal İşler ve Kentsel Gelişim, Kültür İşleri ve Spor Bakanlığı ile işbirliği içinde yürütülmüştür. Beş cezaevinde 1.300 genç hükümlüyü hedefleyen program, cezaevlerindeki mesleki eğitim ile cezaevi sonrası istihdam arasında bir bağlantı sağlamayı amaçlamıştır. Eski hükümlüleri gerçek işlere yerleştirmek MABIS’in temel hedefidir. Mesleki eğitim çoğu hükümlünün yetersiz mesleki niteliklerini iyileştirmek için gerekli olsa da, tahliye sonrası istihdamı mümkün kılmadığı sürece yeniden suç işleme oranlarını düşürmek için yeterli değildir¹³⁴.

JVA Zweibrücken’deki “Yeni Seçenekler” adlı ulusötesi proje, yeniden suç işleme oranının cezaevinden çıktıktan sonra hızlı bir mesleki entegrasyonla ilişkili olduğu varsayımından hareketle geliştirilmiştir¹³⁵. Projenin temel

başka bir iş verilecektir.

(5) Bir mahkum ekonomik açıdan verimli bir iş yapmaya uygun değilse, kendisine tedavi edici nitelikte bir iş verilecektir.”

¹³¹ Afouxenidis/ Klee/ Cavouriaris, s. 58-59.

¹³² Helmut Kury, “Rehabilitation In Prison German Experiences And What Can Be Done Better”, *Rom. Jour. Of Sociological Studies*, New Series, No. 1, 2018, s. 26.

¹³³ Afouxenidis/ Klee/ Cavouriaris, s. 46.

¹³⁴ Del Roy Fletcher/ Alan Taylor/ Stephen Hughes/ Jonathan Breeze, *Recruiting and Employing Offenders*, Joseph Rowntree Foundation 2001, s. 45.

¹³⁵ Afouxenidis/ Klee/ Cavouriaris, s. 60.

amacı hükümlüleri mesleki ve sosyal açıdan yeniden entegrasyonunu teşvik etmektir. Diğer amaçlar, yeniden entegrasyon alanında faaliyet gösteren tüm kurumların karşılıklı ilişki ve koordinasyonu, JVA Zweibrücken'deki eğitim yelpazesinin denetlenmesi ve genişletilmesi, çocuk ceza infaz sistemi kurumlarıyla işbirliğinin artırılması ve en uygun hale getirilmesidir.¹³⁶

Bir diğer proje, 1990'lı yılların başlarında gerçekleştirilmeye başlanan cezaevlerinde e-öğrenmeye ilişkin projelerdir. Almanya'nın bu alanda en aktif ülkelerden biri olduğu görülmektedir. Şu anda Almanya'da var olan e-öğrenme çerçevesinin önemli bir bölümü, Elis, Babe, Zubilis ve Member gibi EQUAL programı tarafından finanse edilen projeler kapsamında geliştirilen çözümlere dayanmaktadır¹³⁷. İlgili tüm federal eyaletler, "*hapis cezası sırasında e-öğrenme*" ifadesinin kısaltması olan Elis projesi kapsamında geliştirilen merkezi e-öğrenme yapısını paylaşmakta ve bundan faydalanmaktadır. Sisteme bağlanan cezaevleri birçok farklı kurs için öğrenme yazılım paketleri sunmaktadır. Bu programlar, temel eğitim ve sosyal becerilerden BIT konularına, mesleki eğitim kurslarına ve ileri düzey çalışmalara kadar geniş bir konu yelpazesini kapsamaktadır. Hükümlüler için e-öğrenmenin uygulanması karmaşık bir süreçtir, ancak hükümlülere eğitim alma ve hapis cezalarının süresine bakılmaksızın sahip olabilecekleri eğitim boşluklarını doldurma fırsatı sunmaktadır¹³⁸. Ayrıca hapis cezası sırasında tele-öğrenme projesi olan TELIS, E-lis için bir ön proje niteliğindedir. Proje 1998- 2000 yılları arasında yürütülmüştür. TELIS, bilgisayar destekli yöntemlerle eğitim sunmaktadır. Bu öğrenme biçimiyle ceza infaz kurumlarının eğitim sistemi mümkün olduğunca üretken hale getirilmeye çalışılmıştır¹³⁹.

Almanya'da toplumla yeniden bütünleştirme çalışmaları tahliye sonrasında da devam etmektedir. Eski hükümlülere destek ve koruma yükümlülüğü denetimli serbestlik merkezi tarafından gerçekleştirilmektedir. Denetimli serbestlik hizmetinin yeniden entegrasyon sürecine en önemli katkısı, çeşitli iletişim kanalları için tek bir temas noktasının yönetilmesidir. Bu, okullar, işverenler, sosyal ve terapötik hizmetler ve aynı zamanda yetkililer ve mahkemelerle temas kurmayı ve böylece her bir eski hükümlünün etrafında bir

¹³⁶ Afouxenidis/ Klee/ Cavouriaris, s. 61.

¹³⁷ Becker-Pestka, s. 12.

¹³⁸ Becker-Pestka, s. 12

¹³⁹ Afouxenidis/ Klee/ Cavouriaris, s. 65

destek ve gözetim ağı oluşturmayı içermektedir¹⁴⁰. Ayrıca yeniden suç işleme ile işsizlik arasındaki ilişki dikkate alınarak toplumla yeniden bütünleşmenin önündeki istihdam engelini aşmaya yönelik programlar yapılmıştır. Almanya'daki Chance programı da, eski hükümlülerin istihdama katılımını desteklemek için mesleki eğitim kursları sunmaktadır. Kurslar sadece işgücü piyasası rehberliği, iş arama ve kişilerin becerilerine değil, aynı zamanda topluma geçiş sırasında duygusal ve sosyal desteğe de odaklanmaktadır¹⁴¹.

SONUÇ

Cezalandırılmak zorunda olunan kişileri yeniden topluma kazandırma gerekliliği, cezalandırma nedeninin diğer bir yüzüdür ve aynı derecede acil bir talep olarak karşımıza çıkmaktadır. Hapis cezası en pahalı ceza olması, ceza infaz kurumlarının aşırı kalabalıklaşması ve günümüzde her zamankinden daha fazla sayıda hükümlünün topluma geri dönmesi dikkate alındığında, toplumla yeniden bütünleştirmenin bir infaz siyaseti olarak benimsenmesinin gerekliliği daha net görülmektedir. Bununla birlikte sadece bir tercih meselesi olmasının ötesinde toplumla yeniden bütünleştirme, cezalandırma hak ve yetkisine sahip devletin bir yükümlülüğüdür. Dolayısıyla cezalandırma hakkının doğal olarak toplumla yeniden bütünleştirme yükümlülüğünü barındırdığını savunmaktayız.

Topumla yeniden bütünleştirme programları çeşitlilik, kapsam ve metodoloji açısından büyük farklılıklar göstermektedir. Ancak toplumla yeniden bütünleştirmenin etkin ve kalıcı olabilmesi, esas itibariyle birbirini tamamlayan tahliye öncesi ve sonrası olmak üzere iki aşamada bu programların ve desteklerin sürdürülmesini gerektirmektedir. Başka bir ifadeyle devletin buradaki yükümlülüğü sadece infaz kurumuna alınmayla başlayıp ve salıverilmeyle sona ermemektedir. Ayrıca cezanın infazından sonra yalnız bırakmama yükümlülüğünü de içermektedir. Toplum içine salıverilen kişinin bu ortamda amaçlanan vasıfları koruyarak hayatına devam edebilmesi için tahliye sonrası destek ve ilginin devam etmesi mecburidir.

Çağdaş infaz anlayışının etkisiyle hükümlülerin toplumla yeniden bütünleştirilmesine yönelik çabalar bir çok devlette görülmektedir. Özellikle

¹⁴⁰ Robert Pelzer/ Mika Moeller, “*Rehabilitation and Reintegration of Released Islamist Extremists in Germany*”, Counter Extremism Project Germany, 2020, s. 26.

¹⁴¹ Natalie Woodier, “Employment, reintegration and reducing re-offending – a short look into offender resettlement within Europe”, *EuroVista Probation and Community Justice*, 2(3), 2013, s.136.

düşük hapsedme oranı ve cezalandırmaktan ziyade yardım etmeye dayalı insancıl infaz anlayışı ile toplumla yeniden bütünleştirme programları bakımından oldukça iyi durumda olan Norveç, toplumun yeniden entegrasyon sürecine aktif bir şekilde katılımını önemseyerek topluma kademeli bir dönüşü sağlayacak faaliyetler öngören Kanada, kapsamlı bir suç kontrol mekanizması ile tekerrürü azaltmayı hedefleyen anlayışıyla Japonya ve toplumla yeniden sosyalleşmeyi anayasal bir güvenceye bağlayan Almanya toplumla yeniden bütünleştirme anlayışları ve uygulamaları ile belli bir standartı, başarıyı yakalamış olan devletlerdir. Bu devletlerin modern teknolojilerin özellikle eğitim ve çalışma programları bakımından ceza infaz kurumlarında nasıl uygulanabileceğini göstermeleri örnek teşkil edecek niteliktedir.

Türk Hukukunda, hükümlülerin gerek tahliye öncesi gerek sonrası toplumla yeniden bütünleştirilmesi, “iyileştirme” kavramı benimsenerek mevzuatta detaylı bir şekilde düzenlenmiştir. Ancak ceza infaz kurumlarının aşırı kalabalıklaşması, kısa süreli hapis cezaları, toplumla yeniden bütünleşmeye yönelik yeterli bütçenin olmayışı, eğitilmiş personel eksikliği, tahliye sonrası koruma ve denetimin etkili şekilde yapılamaması gibi bir çok nedenden dolayı Türkiye'nin bu konuda başarılı olduğunu söylemek mümkün değildir.

KAYNAKÇA

- Afouxenidis A/ Klee G/ Cavouriaris E, *Field Study of Ex-convicts Reintegration into Labour Market and Social Life*, National Technical University of Athens, 2003.
- Akashi F, “The Role of Volunteer Probation Officers in Japan – Recent Challenges and Responses” *International Journal of Law Crime and Justice*, 54, s. 121-132.
- Andrews D/ James Bonta, *The Psychology of Criminal Conduct*, 6. Baskı, Matthew Bender and Company, 2016.
- Bacaksız P, “Cezalandırma ve Topluma Yeniden Kazandırma”, *Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan*, 16(Özel S) 2014, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2015, s. 4917-4941.
- Barbato A/ Graziella Civenti/ Barbara D’Avanzo, “Community Residential Facilities in Mental Health Services: A Ten Year Comparison in Lombardy”, *Health Policy*, 2017.
- Becker-Pestka D, *E-learning for Prisoners Experience from Sweden, Norway, Poland, Finland and Germany*, International Journal of Research in E-learning, 8 (1), 2022, s. 1-24.
- Coyle A, *Cezaevi Yönetimine İnsan Haklarını Göz Önüne Alan Bir Yaklaşım*, Uluslararası Cezaevi Araştırmaları Merkezi, 2002.
- Demirbaş T, “Cezaevlerinde Yeniden Sosyalleştirme (Tretman) Sorunları”, *İnfaz Hukukunun Sorunları, Probleme des Strafvollzugsrechts*, Alman Kültür Merkezi ve Başkent Üniversitesi tarafından 24/25.11.2000 tarihinde düzenlenen Sempozyum, 2001, s. 391-408.
- Demirbaş T, *İnfaz Hukuku, Özellikle Cezaevlerinin Tarihçesi, Uluslararası Belgelerle Karşılaştırmalı Olarak Hürriyeti Bağlayıcı Cezaların İnfazı ve Ceza İnfaz Kurumlarının İdaresi*, 8. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2021.
- Denny M, “Norway’s Prison System: Investigating Recidivism And Reintegration”, *Bridges: A Journal of Student Research*, 10(10), 2016, s. 22-37.
- Dolcini E, “Ceza İnfazı Meselesi: Bir Ceza Hukukçusu Gözüyle Ara Bilanço”, Çev. Duygu Çağlar Doğan, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2016, s. 3355-3374.
- Dönmezer S, “*Cezaî Sorumluluğun Esası Bakımından Klasik Teori ve Bu Teorinin Karşılaştığı İtirazlar*”, İHFM, 1945.
- Engin M, “Suçu Önleyici Tedbirler Bağlamında Ceza İnfaz Kurumlarında

- Çalışma ve Eski Hükümlü İstihdamı”, *Çalışma İlişkileri Dergisi*, 3(2), 2012, s. 24-35.
- Erem F, *Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku, Cilt: II*, 12. Baskı, Seçkin Kitabevi, 1985.
- Erem F, *Adalet Psikolojisi*, 5. Baskı, Ajans Türk Matbaası, 1964.
- Fletcher D R, Taylor A, Hughes S ve Breeze J, *Recruiting and Employing Offenders*, Joseph Rowntree Foundation 2001.
- Gisler C/ Pruin I/ Hostettler U, *Experiences with Welfare, Rehabilitation and Reintegration of Prisoners – Lessons Learned?*, Working Paper 2018/5 – The United Nations Research Institute for Social Development (UNRISD), Nisan 2018.
- Gölcüklü F, *Türk Ceza Sistemi (Hürriyeti Bağlayıcı Cezalar)*, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Yayınları, Sevinç Matbaası, 1966.
- Introductory Handbook On The Prevention Of Recidivism And The Social Reintegration Of Offenders, UN Office On Drugs And Crime, 2018.
- James N, Offender Reentry: Correctional Statistics, Reintegration Into Community and Recidivism, <https://sgp.fas.org/crs/misc/RL34287.pdf>, Erişim Tarihi 26 Ocak 2024.
- Karakaş Doğan F, *Cezanın Amacı ve Hapis Cezası*, Legal Yayıncılık, 2010.
- Karakehya H, “Hürriyeti Bağlayıcı Cezaların İnfazıyla Hükümlünün İslahının Sağlanması Mümkün müdür?”, *Dr.Dr.h.c. Silvia Tellenbach’a Armağan*, Seçkin Yayıncılık, Mayıs 2018, s. 1059-1086.
- Kaya Bozok F, *Hükümlülerin Çalıştırılması*, Adalet Yayınevi, 2024.
- Kunter N, “Suçluların Terbiye ve İslahı”, *Adliye Ceridesi*, S. 34/7, 1943, s. 524-542.
- Kury H, “Almanya’da Ceza İnfaz Pratiği ve Sorunları”, Çev. Nezhil Pala, *İnfaz Hukukunun Sorunları, Goethe Institut ve Başkent Üniversitesi Yayını*, Öz Özen Matbaacılık, 2001, s. 98-123.
- Kury H, “Rehabilitation In Prison German Experiences And What Can Be Done Better”, *Rom. Jour. Of Sociological Studies*, New Series, No. 1, Bucharest, 2018, p. 19–36
- Lloyd C/ Serin R, “Offender Change in Treatment”, *Encyclopedia of Criminology and Criminal Justice*, Ed: G. Bruinsma ve D. Weisburd, Springer, 2014, s. 3301-3311.
- Lombroso C, *Suç İşlemenin Sebepleri*, Çev. Sadi Irmak, 2. Baskı, Aydın Güler

Kitabevi, 1963.

Maden M, *Hapis Cezasına Seçenek Yaptırımlar*, Adalet Yayınevi, 2012.

McGuire J, “What Works to Reduce Re-offending 18 Years On.” In *What Works in Offender Rehabilitation. An Evidence-Based Approach to Assessment and Treatment*, edited by L.A. Craig, T.A. Gannon and L. Dixon, L., Wiley-Blackwell, 2013, s. 20-50.

Morgenstern C, “Judicial Rehabilitation in Germany -- The Use of Criminal Records and the Removal of Recorded Convictions”, *European Journal of Probation* 3(1), Mart 2011, s. 20-35.

Monteiro A/ Barros R.7 Leite C, “Lifelong learning through e-learning in european prisons: Rethinking digital and social inclusion”, Proceedings of INTED2015 Conference 2nd-4th March 2015, Madrid, Spain, 1038-1046.

Obama B, “The President’s Role in Advancing Criminal Justice Reform”, *Harvard Law Review*, 130/3, Ocak 2017.

Önder A, *Ceza Hukuku Dersleri*, Filiz Kitabevi, 1992.

Özgenç İ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 19. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2023.

Pelzer R, Moeller M, “Rehabilitation and Reintegration of Released Islamist Extremists in Germany”, Counter Extremism Project Germany, 2020.

Polak-Rottmann S, “The Safest Country in The World? Notions of Risk And Security in The Japanese Private Security İndustry”, *Vienna Journal of East Asian Studies*, 10(1), s. 83-106.

Pruin I, “‘What Works’ and What Else Do We Know? Criminological Research Findings on Transition Management”, *European Treatment, Transition Management, and Re-Integration of High-Risk Offenders*, Ed. Dünkler, J. Jesse, I. Pruin and M. von der Wense, Forum Verlag Godesberg, s. 181-196.

Reynaud A, *Hapishanelerde İnsan Hakları*, Çev. İhsan Kuntbay, Ankara: TODAİE İnsan Hakları Araştırma ve Derleme Merkezi, 1992.

Sarkis N/ Daou L, “‘Giving Back To The Community, An Obligation Or An Option Today?’” Case Of The Educational Sector in Lebanon”, *International Strategic Management Review*, 2013, s. 59-64.

Savcı İ, *Cezaevi İşyurtlarında Çalışan Hükümlüler Bir Alan Araştırması*, Ankara Üniversitesi Basımevi, 2004.

Sevimli Z, “Türkiye Ceza ve Tutukevleri İle İnfaz Hizmetleri Hakkında Genel

- Bir Değerlendirme”, *Türkiye'nin İnfaz Rejimi Sempozyumu*, 1997, s. 132-138.
- Silva J, “Corrections in Japan”, *The Encyclopedia of Corrections*, Ed. Kent R. Kerley, John Wiley & Sons Publication, 2017, s. 1-7.
- Standing Senate Committee of Human Rights, *Report on the Human Rights of Federally Sentenced Prisoners*, Haziran 2021, https://sencanada.ca/content/sen/committee/432/RIDR/reports/2021-06-16_FederallySentenced_e.pdf , Erişim Tarihi 26 Ocak 2024.
- Şahin C, “Tahliye Öncesi ve Sonrası Hükümlüye ve Eski Hükümlüye Yardım”, *Ceza ve Tedbirlerin İnfazında İnsan Haklarının Korunması Sempozyumu*, 22-24.03.2002.
- Tör V N, *İmralının İnsanları*, İstanbul: Zerbamat Basımevi, 1936.
- Tümerkan S, “Klasik, Pozitivist Okullarda ve Toplumsal Savunma Hareketinde Ceza Sorumluluğunun Esası”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 48(1-4), 1983, s. 51-71.
- Usher A/ Stewart L, “Effectiveness Of Correctional Programs With Ethnically Diverse Offenders: A Meta-Analytic Study”, *International Journal Of Offender Therapy And Comparative Criminology*, 58/2, 2014, s. 209-230.
- Van Zyl Smit D/ Snacken S, *Principle of European Prison Law and Policy Penology and Human Right*, (First Edition). Oxford Universty Press, 2009.
- Vold Hansen G/ Samuelsen F, “Assessment Of Offenders: New Trends in Norway”, *Eurovista Vol:4.2*, <https://www.cep-probation.org/wp-content/uploads/2019/01/VOL-4.2-assessment-of-offenders-norway.pdf> , Erişim Tarihi 26 Ocak 2024, s. 1-12.
- Woodier N, “Employment, reintegration and reducing re-offending – a short look into offender resettlement within Europe”, *EuroVista Probation and Community Justice*, 2013, 2(3), 132-141.
- Yankah E N, “The Right to Reintegration”, *New Criminal Law Review*, 23(1), s. 74-112.
- Yerdener E, *Türk Ceza Hukuku Yaptırımları ve İnfazı*, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, 2021.
- Yücel M T, “Ceza İnfaz Kurumlarında Tehlikeli Suçluların Tretmanı”, *İnfaz Hukukunun Sorunları Sempozyumu*, Öz Özen Matbaacılık, 2001.

Hukuk Fakültesi Dergisi
Ankara Hacı Bayram Veli University
Faculty of Law Review

ISSN: 2651-4141 e-ISSN: 2667-4068
Cilt/Volume XXVIII Temmuz/July 2024 Sayı/No. 3

**ANAYASA MAHKEMESİNİN EK MOTORLU TAŞITLAR VERGİSİ
DÜZENLEMELERİNE İLİŞKİN KARARLARININ İNCELENMESİ**

ANALYSIS OF THE CONSTITUTIONAL COURT'S DECISIONS ON
ADDITIONAL MOTOR VEHICLE TAX REGULATIONS

Esra DEMİR BELİN*  

ÖZET

6 Şubat 2023'te gerçekleşen depremlerin ardından ihtiyaç duyulan kamu gelirinin karşılanması amacıyla birtakım malî yükümlülükler getirilmiştir. Bunlardan biri de 7456 sayılı Kanun ile getirilen ek motorlu taşıtlar vergisidir. Motorlu taşıtlar vergisine tabi araçlar üzerinden, 2023 yılı için tahakkuk eden motorlu taşıtlar vergisi tutarı kadar alınacağı belirtilen ek motorlu taşıtlar vergisi, deprem sonrası dönemin önemli gelir kaynaklarından birini teşkil etmiştir. 1999 Gölçük ve Düzce depremlerini takip eden dönemde yine afetin finansmanı nedeniyle ve 2003 yılında ekonomik saikler ile getirilen ek motorlu taşıtlar vergileri, Devletin acil kaynak arayışlarında başvurduğu bir malî yükümlülük haline gelmiştir. Bu çalışmada Türkiye'de doğal afetlerin finansmanı için getirilen fonların tarihi kısaca ortaya konulduktan sonra olağanüstü dönemlerde ve bu dönemler dışında getirilen ek motorlu taşıtlar vergisi yükümlülüklerine değinilecek ve Anayasa Mahkemesinin bu yükümlülüklerle ilişkin kararları kamu yararı, belirlilik, geçmişe yürüme ve malî güce göre vergilendirme yönleri ile ele alınacaktır.

* **Arş. Gör. Dr.** Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Mali Hukuk Anabilim Dalı/ANKARA, **E-posta:** esrademir@baskent.edu.tr, **ORCID:** 0000-0002-0880-3719, **DOI:** 10.34246/ahbvuhfd.1465869.

- Atf Şekli/ **Cite As:** Demir Belin E, "Anayasa Mahkemesinin Ek Motorlu Taşıtlar Vergisi Düzenlemelerine İlişkin Kararlarının İncelenmesi", *AHBVÜ Hukuk Fakültesi Dergisi*, 28(3), 2024, s.501-564.
- İntihal / **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.*



Anahtar Kelimeler: Ek Motorlu Taşıtlar Vergisi, Tek Seferlik Ek Vergi, Deprem Vergisi, Anayasal Vergilendirme İlkeleri, Anayasaya Uygunluk

ABSTRACT

After the Kahramanmaraş earthquakes a number of financial obligations were introduced in order to meet the public revenue requirements. One of these is the additional motor vehicle tax. The additional motor vehicle tax, which is regulated to be levied on vehicles subject to motor vehicle tax, in the amount of the tax accrued for 2023, constituted one of the important sources of income in the post-earthquake period. The additional motor vehicle tax, which was similarly introduced to finance the natural disaster following the 1999 Gölcük-Düzce earthquakes and in 2003 for economic reasons, became a fiscal obligation that the State resorted to in its search for emergency resources. In this study, after presenting the history of the funds for natural disasters in Türkiye, the additional motor vehicle tax obligations will be discussed, and the decisions of the Constitutional Court regarding these obligations will be analyzed in terms of public interest, predictability, retroactivity, and ability-to-pay principle.

Keywords: Additional Motor Vehicle Tax, One-Time Additional Tax, Earthquake Tax, Constitutional Taxation Principles, Constitutionality

EXTENDED ABSTRACT

Türkiye's geological structure is characterized by active fault lines, and both recently and historically, there have been seismic disasters with extraordinarily catastrophic repercussions. On February 6, 2023, two earthquakes of M_w 7.7 and M_w 7.6 occurred in Kahramanmaraş. In general terms, the material damage caused by the disaster and the financing of the services provided by the State for the earthquake victims in the earthquake zone and in many other parts of the country have led to a large increase in public expenditures. The financing problem in question was tried to be solved in a manner similar to the methods followed in Türkiye after the 1971 and 1999 earthquakes, the 2010 Chile earthquake, and the 2011 Japan earthquake and tsunami.

In this context, taxation has been used as an effective tool both for the economic relief of disaster victims in combating the effects of natural disasters and for the financing of public expenditures incurred due to these disasters. In these periods, the resources sought were tried to be provided through methods such as the introduction of new taxes, increases in the taxes already in force and the collection of the same tax again. Additional motor vehicle tax was one of the additional obligations introduced during these periods.

Prior to this date, additional motor vehicle taxes was regulated in Türkiye in 1994 by Law No. 3986 for economic reasons, in 1999 by Law No. 4481 following the Gölcük and Düzce earthquakes, in 2003 by Law No. 4837 for economic reasons and again in 2003 by Law No. 4962 for economic reasons. These financial obligations

required paying the motor vehicle tax, which is due in the related calendar year, once again. The additional motor vehicle taxes imposed by the regulations introduced after January 1, the date on which the motor vehicle tax was assessed and accrued, constituted examples of retroactivity of tax laws. Therefore, additional motor vehicle taxes brought along legal problems in terms of the principles of legality, certainty and predictability in taxation.

In this regard, applications were made to the Constitutional Court for the annulment of the additional motor vehicle tax regulations -apart from the additional motor vehicle tax regulated by Law No. 3986-. The Court based its decisions on these applications on the motives for the introduction of the relative additional motor vehicle tax. In these respect, The Court stated that the additional motor vehicle taxes imposed in the aftermath of the Gölcük and Düzce earthquakes in 1999 and the Kahramanmaraş earthquakes in 2023 were in compliance with the constitutional principles of taxation and found them constitutional on the grounds that there was a public interest in their imposition due to the search for financing arising from extraordinary disasters such as earthquakes that had a widespread impact. On the other hand, the Court annulled both of the additional motor vehicle tax regulations introduced in 2003 with the aim of achieving the primary surplus target, finding them contrary to the principles of taxation according to ability-to-pay and distribution of the tax burden in a fair and equitable manner.

In these judgements on additional motor vehicle taxes, the Constitutional Court had the opportunity to make detailed legal assessments on various taxation principles; however, the Court refrained from drawing a comprehensive framework on these principles. In this respect, although all the additional motor vehicle tax regulations examined were retroactive, this issue was not evaluated in the reasoned decisions. The principles of taxation according to ability-to-pay, distribution of the tax burden in a fair and equitable manner, legal security, certainty, predictability and proportionality were inadequately addressed and only in the aspects that would justify the final judgement of the Court.

The fact that the Constitutional Court, whose main duty is to review the constitutionality of laws, refrains from interpreting and applying constitutional principles in a field such as taxation, where many fundamental rights and freedoms can easily be intervened, overshadows its positive contributions to the establishment of the fundamental principles of Turkish Tax Law. This approach of the Court prevents the scope of the constitutional principles of taxation from being clearly recognised and weakens the Court's decisions as a source of tax law.

Nevertheless, as a result of the judgements explained, it is evident that the Constitutional Court has reached an established case-law regarding the additional motor vehicle tax. This case law can be summarised as follows: If additional motor vehicle taxes are imposed in accordance with the principle of proportionality in periods following extraordinary events, they are regarded as lawful on the grounds of public interest,

and if they are imposed to overcome economic bottlenecks, they may be regarded as unconstitutional. In the event that additional obligations are imposed in the following periods, this case law constitutes a framework for the Court's decision in a possible annulment application.

GİRİŞ

Jeolojik oluşumu bakımından aktif fay hatları üzerinde yer alan Türkiye topraklarında¹, tarihin her aşamasında olduğu gibi², yakın tarihlerde de son derece acı sonuçlar ortaya çıkaran deprem felaketleri meydana gelmiştir³. 6 Şubat 2023'te merkez üssü Pazarcık Kahramanmaraş'ta M_w 7,7 şiddetinde ve merkez üssü Elbistan Kahramanmaraş'ta M_w 7,6 büyüklüğünde iki deprem gerçekleşmiştir⁴. Bölgede bu depremleri takip eden süreçte, bir kısmı M_w 7 şiddetine yaklaşan 38 bini aşkın artçı deprem meydana gelmiştir⁵. Türkiye'nin Doğu ve Güneydoğu Anadolu bölgelerinde 108.812 km²'lik alanda etkili olan bu depremler, Kahramanmaraş, Hatay, Adıyaman, Gaziantep, Malatya, Kilis, Diyarbakır, Adana, Osmaniye, Şanlıurfa ve Elazığ'da çok şiddetli şekilde hissedilmiş ve bu alanlarda çok sayıda can kaybına ve ağır hasara neden olmuştur⁶.

Depremin etkilediği alanın genişliği yoğun kış şartları ile birleştiğinde, arama kurtarma çalışmalarının ilk saatlerde olması gerektiği biçimde

¹ A.M. Celal Şengör, *İstanbul Depremi - Söyleşi: Sefa Kaplan*, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 2006, s. 56; Süleyman Pampal / Bülent Özmen, *Türkiye'nin Deprem Gerçeği: Deprem Bölgeleri Haritaları ve Deprem Yönetmeliklerinin Tarihsel Gelişimi*, Ümit Ofset Matbaacılık, 2007, s. 15- 22.

² N. Nicolas Ambraseys /Caroline Finkel, (Çeviren: Müzeyyen Umur Koçak), *Türkiye'de ve Komşu Bölgelerde Sismik Etkinlikler: Bir Tarihsel İnceleme*, TÜBİTAK Yayınları, 2006, s. 30 vd; Pampal/ Özmen, s. 23 – 30.

³ Tuncay Taymaz, "Sunuş", N.N. Ambraseys& C.F. Finkel (Yazarlar), *Türkiye'de ve Komşu Bölgelerde Sismik Etkinlikler*, TÜBİTAK Yayınları, 2006, s. V.

⁴ AFAD Deprem Dairesi Başkanlığı, "06 Şubat 2023 Kahramanmaraş (Pazarcık ve Elbistan) Depremleri Saha Çalışmaları Ön Değerlendirme Raporu", 24.02.2023, <https://deprem.afad.gov.tr/assets/pdf/Arazi_Onrapor_28022023_surum1_revize.pdf>, Erişim Tarihi 10 Ekim 2023, s. 1,

⁵ NTV, "Kahramanmaraş depremlerinin ardından 38 bin artçı sarsıntı gerçekleşti", 26.05.2023, <https://www.ntv.com.tr/turkiye/kahramanmaras-depremlerinin-ardindan-38-bin-artci-sarsinti-gerceklesti,055dNI42_k-8Tdf7GCX06w>, Erişim Tarihi 10 Ekim 2023.

⁶ AFAD Deprem Dairesi Başkanlığı, s. 1.

yürütülememesinde etkili olmuştur⁷. Depreme dayanıklılık niteliği etkinlikten ve gerçeklikten uzak bir biçimde denetlenen ve fay hatları üzerinde gelişen yapılaşma, deprem felaketi neticesinde 50 bini aşkın can kaybına sebebiyet vermiştir⁸. Söz konusu depremlerin can kaybına ilişkin acı bilançosunun yanında, yüz bin km²'yi aşan bir alanda hastaneleri, okulları ve diğer devlet kurumlarını da içeren binlerce bina yıkılmış; birçok işletme kullanılamaz hale gelmiştir. Genel anlamda afetin yarattığı maddî zarar ile Devlet tarafından deprem bölgesinde ve yurdun birçok yerine dağılan depremedeler için yürütülen hizmetlerin finansmanı, kamu harcamalarında büyük bir artışı beraberinde getirmiştir. Söz konusu finansman sorunu, Türkiye’de 1971 ve 1999 depremleri ile 2010 Şili depremi, 2011 Japonya deprem ve tsunamisinin ardından izlenen yollara benzer bir biçimde giderilmeye çalışılmıştır⁹. Bu kapsamda vergilendirme hem doğal afetlerin etkileri ile mücadelede afetzedelerin ekonomik anlamda rahatlatılmasında hem de bu afetler nedeniyle gerçekleştirilen kamu harcamalarının finansmanının sağlanmasında etkin bir araç olarak kullanılmaktadır¹⁰.

6 Şubat 2023 tarihinde gerçekleşen depremler neticesinde ihtiyaç duyulan kamu gelirinin sağlanmasında da vergilendirme esas araç teşkil etmiştir. Bu süreçte katma değer vergisi kapsamında (II) sayılı listede yer alan teslim ve hizmetlere uygulanan %8 oranı %10’a, (III) sayılı listede yer alan teslim ve hizmetlere uygulanan %18 oranı da %20’ye çıkarılmış¹¹; belli mal teslimleri

⁷ TBMM, “Kahramanmaraş Merkezli Depremlerin Sonuçlarının Tüm Yönleriyle Araştırılması, Depreme Dirençli Yapı Stokunun Oluşturulması ve Kentsel Dönüşüm Uygulamalarının Etkinliğinin Artırılması İçin Alınması Gereken Tedbirlerin Belirlenmesi Amacıyla Kurulan Meclis Araştırması Komisyonu Raporu”, Mayıs 2023, Yasama Dönemi: 27, Yasama Yılı: 6, Sıra Sayısı: 449, <<https://cdn.tbmm.gov.tr/KKBSPublicFile/D27/Y6/T10/DosyaKomisyonRaporunuVerdi/165734cc-0d4f-4030-863d-b278567c0a55.pdf>>, Erişim Tarihi 10 Ekim 2023, s. 29, 30.

⁸ BBC, “6 Şubat’taki depremlerde can kaybı 50 bin 500’e yükseldi”, 14.04.2023, <<https://www.bbc.com/turkce/articles/c51kdv8d15jo>>, Erişim Tarihi 10 Ekim 2023.

⁹ Hiroo Harada, “The Great East Japan Earthquake and Fiscal Measures”, *The Senshu Social Well-being Review*, 1(1), 2015, s. 56, 57; Magdalena Gil / Jorge Atria, “Fiscal Aftershocks: Taxes and Catastrophes in Chilean History”, *Journal of Iberian and Latin American Economic History*, 40(2), 2021, s. 296-299.

¹⁰ Doğal afetlerin ardından devletler vergi iadesi, vergi erteleme, vergi indirimi gibi araçları da kullanmaktadır.; New Zealand Inland Revenue, “Canterbury earthquake-related measures”, <<https://www.taxpolicy.ird.govt.nz/publications/2012/2012-sr-earthquake-measures/overview-0>>, Erişim Tarihi 11 Ekim 2023.

¹¹ 7346 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararı – RG. 07.07.2023-32241.

için uygulanan özel tüketim vergisi tutarları da artırılmıştır¹². Malî kaynak arayışı neticesinde getirilen malî yükümlülükler arasında kurumlar vergisi mükelleflerine getirilen ek vergi yükümlüğü ve bu çalışmanın esas konusunu teşkil eden ek motorlu taşıtlar vergisi de yer almıştır.

I. TÜRKİYE’DE DOĞAL AFETLERİN FİNANSMANINA YÖNELEN FONLARIN TARİHİNE KISA BİR BAKIŞ

Yukarıda Japonya ve Şili gibi ülke uygulamaları üzerinden verilen örneklerde olduğu gibi Türkiye’de de büyük ölçekli doğal afetlerin ardından birtakım ek yükümlülükler getirilmiş ya da var olan vergi oranlarında artış ile finansman sağlanmaya çalışılmıştır¹³. Türkiye’de gerçekleşen, 1939 Erzincan Depremi¹⁴, 2011 Van Depremi¹⁵, 2020 Elazığ Depremi¹⁶ gibi afetlerin ardından gerçekleştirilen vergi düzenlemeleri çoğunlukla vergi ödevlerinin ertelenmesine yönelmiştir. Doğal afet nedeniyle malî yükümlülüklerde artışa

¹² 7390 sayılı Cumhurbaşkanı Kararı – RG. 16.07.2023-32250.; T.C. Hazine ve Maliye Bakanlığı, “Basın Açıklaması”, 16.07.2023, <<https://www.hmb.gov.tr/haberler/basin-aciklamasi-16-temmuz-2023>>, Erişim Tarihi 12 Kasım 2023.

¹³ Bu sayılanlar dışında büyük afetlerin ardından yabancı devletlerden gelen yüklü aynî ve nakdî yardımlar da afetleri takip eden süreçlerde bir finansman kaynağı teşkil etmiştir. Söz konusu dış yardımların kullanımında şeffaflığa yönelik eleştiriler, kamuoyunda yolsuzluk iddialarını da beraberinde getirmiştir. Selahattin Babüröğlü, *Deprem ve Devlet*, TBMM Vakfı Ofset, 1998, s. 55, 56, 72, 73; Fadime Tosik Dinç, “Türk Basınına Göre 19 Ağustos 1966 Varto Depremine Yapılan Dış Yardımlar”, *Gaziantep University Journal of Social Sciences*, 22(1), 2023, s. 218.

¹⁴ 3773 sayılı Erzincan Depreminden Müteessir Olan Mıntıkalarda Zarar Görenlere Yapılacak Yardımlar Hakkında Kanun’un (RG. 25.01.1940-4416) 5. maddesi, İcra Vekilleri Heyetince belirlenecek yerlerde henüz tarh ve tahakkuk ettirilmemiş vergilerin tahakkuk ettirilmeyeceğini, tahakkuk ettirilip de tahsil edilmemiş vergilerin de terkin olunacağını düzenlemiştir.

¹⁵ 23.10.2011 tarihinde Van ilinde meydana gelen deprem felaketinin ardından 24.10.2011 tarihinde Van ilinin tamamında mücbir sebep hali ilan edilmiştir. Bu kapsamda bu tarihten itibaren verilmesi gereken tüm beyannameler ile bildirimlerin verilme ve ödeme süreleri belirlenecek bir tarihe kadar ertelenmiştir. Söz konusu mücbir hal 7020 sayılı Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılması ile Bazı Kanunlarda ve Bir Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun (RG. 27.05.2017-30078) ile 31.05.2017 tarihinde sona ermiştir.; Gelir İdaresi Başkanlığı, “Basın Bülteni”, 24.10.2011, <http://www.gib.gov.tr/fileadmin/user_upload/BasinBultenleri/24102011basinbulteni_2.htm>, Erişim Tarihi 11 Aralık 2023.

¹⁶ 24.01.2020 tarihinde Elazığ’da meydana gelen deprem felaketinin ardından 25.01.2020 tarihinde üç ay süre ile mücbir sebep hali ilan edilmiştir. Bu kapsamda mücbir sebep süresince verilmesi gereken vergi beyannamelerin ve bildirimlerin verilme süreleri ile tahakkuk eden vergiler ile tahakkuk etmiş vergi, ceza ve gecikme faizinin ödeme süreleri uzatılmıştır.; T.C. Hazine ve Maliye Bakanlığı, “Bakanlık Açıklaması”, 25.01.2020, <<https://www.hmb.gov.tr/haberler/bakanlik-aciklamasi>>, Erişim Tarihi 11 Aralık 2023.

gidilmesi örneklerinden ilki, 12 Mayıs 1971 tarihinde Burdur’da; 22 Mayıs 1971 tarihinde Bartın’da gerçekleşen depremlerin ardından söz konusu olmuştur.

Esasen bu tarihten önce doğal afetlerin gerektireceği finansman ihtiyacını karşılamak üzere birtakım önlemler alınmıştır. Bu kapsamda 1959 yılında 7269 sayılı Umumi Hayata Müessir Afetler Dolayısıyla Alınacak Tedbirlerle Yapılacak Yardımlara Dair Kanun’da¹⁷ doğal afetler ve neticeleri ile mücadele amacıyla Afetler Fonu kurulmuştur. Söz konusu düzenlemede 17.07.1968 tarihinde 1051 sayılı Kanun¹⁸ ile yapılan değişiklik neticesinde bu Fona, İmar ve İskân Bakanlığına ilgili fon için ayrılan ödenek, nakdî bağışlar, iktisadî devlet teşekkülleri ve en az yarı sermayesi devlet elinde bulunan banka ve kurumların yıl sonu bilanço kârlarının %3’ü oranında ödeyecekleri paylar gibi kaynaklardan gelir sağlanacağı ve Fonun İmar ve İskân Bakanlığı emrinde, Türkiye Emlâk Kredi Bankasında açılacak bir hesapta toplanacağı düzenlenmiştir.

Bu süreçte Afetler Fonunda toplanan paranın israf edildiği, bu iktisadî kaynakların Fonun amacı dışında kullanıldığına yönelik eleştirilerde bulunulmuştur¹⁹. Özellikle de plânsız biçimde yürütülen afetlerle mücadele çalışmaları söz konusu kaynakların verimsiz harcamalar ile tüketilmesinde etkili görülmüştür²⁰. Bu eleştiriler ile paralel olarak, 1971’de gerçekleşen depremleri izleyen dönemde söz konusu Fonda mevcut olan paranın yetersiz kalması üzerine başka finansman arayışlarına girilmiştir. Bu gelir bazı tekel maddelerinin fiyatları üzerinde artışa gidilmesi ile sağlanmaya çalışılmıştır. Bu zamlardan elde edilen gelir ile Deprem Fonu²¹ kurulmuştur. Fona kaynak

¹⁷ RG. 25.05.1959-10213.

¹⁸ Umumi Hayata Müessir Afetler Dolayısıyla Alınacak Tedbirlerle Yapılacak Yardımlara Dair 15/5/1959 Gün ve 7269 Sayılı Kanunun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi ve Bu Kanuna Bazı Maddeler Eklenmesi Hakkında Kanun; RG. 17.07.1968-12952.

¹⁹ Babüroğlu, s. 53.

²⁰ İsmet Tayşi, “Afetler Fonu”, *İller ve Belediyeler Dergisi*, 339, 1974, s. 17; Babüroğlu, s. 58, 59.

²¹ RG. 19.03.1972-14133.; 1571 sayılı “Bazı Tekel Maddeleri Fiyatlarına Yapılan Zamlardan Elde Edilen Hasılatın T.C. Merkez Bankasında Açılacak Bir Deprem Fonu Hesabında Toplanmasına Dair Kanun

Madde 1: 18.06.1971 tarihinde yapılan zamlar dolayısıyla, yeni fiyatlarla zamdan önceki fiyatlar arasındaki farka göre tekel maddeleri satışından elde edilen (Beyiye ücretleri hariç) hasılat fazlası T. C. Merkez Bankasında ihdas edilecek bir «Deprem fonu» hesabında toplanır. Tekel Genel Müdürlüğü, bir ay içinde elde edilen hasılat fazlasını, taallük ettiği ayı

teşkil eden fiyat artışları, genel olarak lüks tekel malları olarak görülen ürünler üzerinden gerçekleştirilmiş; çay, ispirto ve tuz gibi temel tüketim maddeleri bu zamların dışında bırakılmıştır²². Deprem Fonuna kaynak sağlamak amacıyla satışının yalnızca Devlet eliyle yapıldığı bazı tekel ürünlerinin fiyatlarında gerçekleştirilen bu artışlar, Devlet tarafından getirilen malî yükümlülükler teşkil etmektedir.

Söz konusu dönemde Afetler Fonundan ziyade Deprem Fonunda toplanan gelirler ile depremin yaralarının sarılması ve devamında da ülke genelinde depreme dayanıklı konutlar yapılması amaçlanmıştır²³. Deprem Fonunda toplanan paraların yalnızca deprem ile ilgili konularda yapılacak harcamalara özgülenmesi, diğer afetlerin gerektirdiği harcamaların afetlerle ilgili kaynaklardan; bu kaynakların yetersiz kaldığı hallerde de genel bütçeden ayrılan ödeneklerden yapılması planlanmıştır²⁴. Bu doğrultuda İmar ve İskân Bakanlığı bünyesinde “Konut Yenileme Dairesi Başkanlığı” kurulmuştur. Ancak 1973’te 1571 sayılı Kanun’a eklenen geçici madde 2 ile Deprem Fonunda toplanan paraların bir kısmının sonradan Fona iade edilmek şartıyla, depremden başka afetlerde de kullanılabilmesi düzenlenmiştir. İzleyen dönemde Fonun genel bütçeye eklenmesi ile depremlere yönelik önlemler alma hedefi geri plâna itilmiştir²⁵. Deprem Fonunu kaldıran 26.06.2000 tarihli ve 4568 sayılı Kanun’un gerekçesinde de “*son yedi yıldır herhangi bir faaliyette bulunmayarak işlevini yitirmiş olması ve aynı konuda faaliyet gösteren Afetler Fonunun bulunması*” açıklamaları yer almıştır²⁶.

tabikeden iki ay içerisinde bu fona yatırmakla yükümlüdür. Fonda toplanacak paralar 7269 sayılı Kanununun 37 nci maddesi gereğince hazırlanan sarf yönetmeliği esasları dairesinde münhasıran deprem âfetleri için harcanır.”

²² Millet Meclisi Tutanak Dergisi, Dönem: 3, Cilt: 2, Toplantı:3, 29’uncu Birleşim, 17.01.1972, <https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/MM_/d03/c002/mm__03002029.pdf>, Erişim Tarihi 10 Ekim 2023, s. 323, 324.

²³ Babüroğlu, s. 54.

²⁴ Tayşi, s. 13.

²⁵ Babüroğlu, s. 54.; 1658 sayılı Bazı Tekel Maddeleri Fiyatlarına Yapılan Zamlardan Elde Edilen Hasılatın T.C. Merkez Bankasında Açılacak Bir Deprem Fonu Hesabında Toplanmasına Dair 9/3/1972 tarihli ve 1571 sayılı Kanuna Geçici İkinci Madde Eklenmesine Dair Kanun, RG. 21.02.1973-14455.

²⁶ Tasarrufların Teşviki ve Kamu Yatırımlarının Hızlandırılması Hakkında Kanunun, Özelleştirme Uygulamalarının Düzenlenmesine ve Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnemelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun, Asker Ailelerinden Muhtaç Olanlara Yardım Hakkında Kanunun, Futbol Müsabakalarında Müşterek Bahisler Tertibi Hakkında Kanunun, Gecekondu Kanununun, Sağlık Hizmetleri Temel Kanununun ve Ödeme Güçlüğü İçinde Bulunan Bankerlerin İşlemleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnemenin Bazı Maddelerinin Değiş-

Son olarak 6 Şubat 2023'te gerçekleşen Kahramanmaraş depremlerinin ardından 7441 sayılı Kanun²⁷ ile Afet Yeniden İmar Fonu kurulmuştur. Afet Yeniden İmar Fonunun kurulma amacı, Kanun'un 1'inci maddesinde “*genel hayata etkili afet bölgesi ilan edilen alanlarda; imar, altyapı ve üstyapı çalışmaları için gerekli kaynağın sağlanması, yönetilmesi ve ilgili kamu kurum ve kuruluşlarına aktarılması*” olarak gösterilmiştir. Söz konusu Fonun, kendisinden önce kurulan fonların aksine kuruluş amaçlarına uygun biçimde etkinleştirilebilmesi halinde, doğal afetler neticesinde ortaya çıkan malî kaynak ihtiyacını karşılama hususunda başarılı olması, afet sonrası dönemlerde ek vergi uygulamalarına başvurulması gerekliliğinin ortadan kalkmasında büyük önem arz etmektedir.

II. 7456 SAYILI KANUN İLE GETİRİLEN EK MOTORLU TAŞITLAR VERGİSİ DÜZENLEMESİ

6 Şubat 2023 tarihinde gerçekleşen Kahramanmaraş depremlerinin ardından getirilen ek motorlu taşıtlar vergisi, 7456 sayılı Kanun'un²⁸ 1'inci maddesi ile düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre, Kanun'un yayımı tarihinde motorlu taşıtlar vergisi tarifelerine göre vergiye tâbi olan ve ilgili sicillerde kayıt ve tescilli taşıtlar ile 31.12.2023 tarihine kadar ilk defa kayıt ve tescil edilecek taşıtlara, *bir defa uygulanmak üzere*, 2023 yılı için tahakkuk ettirilen motorlu taşıtlar vergisi tutarı kadar ek motorlu taşıtlar vergisi getirilmiştir. Ek motorlu taşıtlar vergisi uygulaması, 28.07.2023 tarihinde Resmi Gazete'de yayımlanan “7456 sayılı Kanunun İnci Maddesiyle İhdas Edilen Ek Motorlu Taşıtlar Vergisine İlişkin Genel Tebliğ (Seri No:1)”²⁹ ile de daha ayrıntılı biçimde ortaya konulmuştur.

7456 sayılı Kanun'un 1'inci maddesinin 3'üncü fıkrası ek motorlu taşıtlar vergisinin mükellefini, motorlu taşıtlar vergisi mükellefleri ile 31.12.2023

tirilmesi ve Yürürlükten Kaldırılması ile Bazı Tekel Maddeleri Fiyatlarına Yapılan Zamlardan Elde Edilen Hâsılatın T.C. Merkez Bankasında Açılacak Bir Deprem Fonu Hesabında Toplanması Dair Kanunun Yürürlükten Kaldırılması Hakkında Kanun Tasarısı ve Plan ve Bütçe Komisyonu Raporu (1/645) Genel Gereğesi, Dönem: 21, Yasama Yılı: 2, TBMM Sıra Sayısı: 395, <<https://cdn.tbmm.gov.tr/KKBSPublicFile/D21/Y2/T1/DosyaKomisyonRaporunuVerdi/9c17607c-6e31-4670-a070-451ca2398936.htm>>, Erişim Tarihi 20 Ekim 2023.

²⁷ Afet Yeniden İmar Fonunun Kurulması Hakkında Kanun; RG. 21.03.2023-32139.

²⁸ 6/2/2023 Tarihinde Meydana Gelen Depremlerin Yol Açtığı Ekonomik Kayıpların Telifisi İçin Ek Motorlu Taşıtlar Vergisi İhdası ile Bazı Kanunlarda ve 375 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun; RG. 15.07.2023-32249.

²⁹ RG. 28.07.2023-32262.

tarihine kadar ilk kez kayıt ve tescil olacak taşıtlarda bu taşıtların sahibi kişiler olarak açıklamıştır. Ek motorlu taşıtlar vergisi için verginin konusu ve mükelleflerine ilişkin bu açıklamalar, vergiyi doğuran olayın da motorlu taşıtlar vergisi ile aynı olduğunu ortaya koymaktadır³⁰.

Ek motorlu taşıtlar vergisinin konusu ve mükelleflerine ilişkin belirlenimin ardından, 7456 sayılı Kanun'un 1'inci maddesinin 4'üncü fıkrasında ek motorlu taşıtlar vergisinin istisnaları düzenlenmiştir. Bu hüküm ile 197 sayılı Motorlu Taşıtlar Vergisi Kanunu'nda³¹ düzenlenen istisnaların ek motorlu taşıtlar vergisi için de geçerli olduğu belirtilmiştir³². Motorlu taşıtlar vergisinde yer alan istisnaların yanında 6 Şubat 2023 tarihinde meydana gelen depremlerden etkilenen mükelleflere ait taşıtlar da vergilendirme dışında bırakılmıştır. Bu bağlamda mücbir sebep ilân edilen yerlerde³³ deprem tarihi itibarıyla kayıt ve tescilli taşıtlar, deprem nedeniyle zarar gören binaların maliklerine ait taşıtlar, depremlerde gördüğü hasar nedeniyle kullanılamaz duruma gelen taşıtlar ile depremde eşi veya birinci derece kan hısımlarından birini kaybeden mükelleflere ait taşıtlar ek motorlu taşıtlar vergisinin dışında tutulmuştur. Söz konusu istisna uygulamalarının ilgili Genel Tebliğ'in ekinde yer alan "Ek MTV İstisna Talep Formu" ile başvurulması halinde taşıtlar için tahakkuk ettirilen verginin terkin edileceği belirtilmiştir³⁴.

³⁰ Yıldırım Taylar/ Emine Sevcan Artun, "Anayasal Vergilendirme İlkeleri Bakımından Ek Motorlu Taşıtlar Vergisi", Halit Aker/ Zeynel T. Kangal (Ed.), *Prof. Dr. Doğan Şenyüz'e Armağan*, Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2023, s. 449, 450. Motorlu taşıtlar vergisinden farklı olarak ek motorlu taşıtlar vergisinin tek seferlik bir vergi olarak düzenlenmesi nedeniyle mülkiyet ilişkisinin devamı, vergiyi doğuran olay kapsamında yer almamaktadır; Taylar/Artun, s. 450.

³¹ RG. 23.02.1963-11342.

³² İlgili hüküm ile birtakım kamu kuruluşlarına, diplomatlara, malûl ve engellilere, Tasarruf Mevduat Sigorta Fonuna devredilen ya da tasfiyesi bu kurum tarafından yürütülen müflis bankaların iflas idarelerine ait taşıtlar motorlu taşıtlar vergisinden istisna tutulmuştur.

³³ T.C. Hazine ve Maliye Bakanlığı 07.02.2023 tarihinde internet sitesinden yaptığı duyuru ile Adana, Adıyaman, Diyarbakır, Gaziantep, Hatay, Kahramanmaraş, Kilis, Malatya, Osmaniye ve Şanlıurfa illeri için mücbir sebep hâli ilan edildiğini bildirmiştir. 21.02.2023 tarihinde de Sivas ilinin Gürün ilçesi de mücbir sebep hâli ilan edilen bölgelere eklenmiştir. T.C. Hazine ve Maliye Bakanlığı, "Basın Açıklaması", 07.02.2023, <<https://www.hmb.gov.tr/haberler/basin-aciklamasi-07-02-2023>>, Erişim Tarihi 13. Aralık 2023; Gelir İdaresi Başkanlığı, "Kahramanmaraş İlinde Meydana Gelen Depremden Etkilenen Sivas İli Gürün İlçesinde İlan Edilen Mücbir Sebep Duyurusu", 21.02.2023, <<https://www.gib.gov.tr/kahramanmaras-ilinde-meydana-gelen-depremden-etkilenen-sivas-ili-gurun-ilcesinde-ilan-edilen-mucbir>>, Erişim Tarihi 13 Aralık 2023.

³⁴ RG. 28.07.2023-32262. 7456 sayılı Kanunun İnci Maddesiyle İhdas Edilen Ek Motorlu Taşıtlar Vergisine İlişkin Genel Tebliğ (Seri No:1) 5. md/3. f.; Ek MTV İstisna Talep Formu, <<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2023/07/20230728-7-1.pdf>>, Erişim Tarihi 14

Ek motorlu taşıtlar vergisinin iki eşit taksitte ödeneceği düzenlenmiş ve ilk taksitin 2023 yılı Ağustos ayının sonuna; ikinci taksitin de 2023 yılı Kasım ayının sonuna kadar ödeneceği belirtilmiştir. Kanun'un yayım tarihinden sonra ilgili sicillere ilk defa kayıt ve tescil olacak taşıtlar için de ek motorlu taşıtlar vergisinin motorlu taşıtlar vergisi ile birlikte peşin olarak ödeneceği belirtilmiştir. Deprem felaketi neticesinde ortaya çıkan malî kaynak ihtiyacını gidermek üzere getirilen ek motorlu taşıtlar vergisinin gelirinin genel bütçeye kaydedileceği ve bu vergi ile toplanan gelirin mahallî idarelere verilecek payların hesaplanmasında dikkate alınmayacağı da düzenlenmiştir.

Bu düzenlemeler neticesinde ek motorlu taşıtlar vergisinin getirildiği 2023 yılı Temmuz ayından itibaren 2024 yılı Şubat ayına kadar geçen süreçte 32 milyar TL'ye yakın tutarda ek motorlu taşıtlar vergisi tahsil edilerek genel bütçeye kaydedilmiştir³⁵. Hazine ve Maliye Bakanlığınca, 2024 yılı için de ek motorlu taşıtlar vergisi getirileceğine ilişkin söylentilere karşı Bakanlığın bu yönde bir çalışması olmadığına dair açıklamalarda bulunulmuştur³⁶.

III. TÜRK VERGİ SİSTEMİNDE DAHA ÖNCEKİ EK MOTORLU TAŞITLAR VERGİSİ UYGULAMALARI

A. Genel Açıklama

Ödenmesi gereken verginin görece düşük tutarlarda kalması ve verginin idaresinin kolaylığı, olağanüstü durumlarda makul bir fedakârlık olarak ek motorlu taşıtlar vergisinin getirilmesini kolaylaştıran bir etken teşkil etmektedir. Bu nedenlerle ek motorlu taşıtlar vergisi farklı malî yükümlülükler ile birlikte 6 Şubat Kahramanmaraş depremlerini izleyen dönemde olduğu gibi daha önceki tarihlerde de hızlı kaynak arayışı sorununun cevabı olarak

Aralık 2023.

³⁵ Temmuz 2023'ten Ocak 2024'e kadar (Ocak 2024 dâhil) olan bütçe gerçekleştirmelerinde toplam tutar 31.796 milyon TL'dir; T.C. Hazine ve Maliye Bakanlığı, "Aralık 2023 Bütçe Gerçekleşmeleri (Gelir)", <<https://www.hmb.gov.tr/aralik-2023-butce-gerceklesmeleri>>, Erişim Tarihi 07 Mart 2024; T.C. Hazine ve Maliye Bakanlığı, "Ocak 2024 Bütçe Gerçekleşmeleri (Gelir)", <<https://www.hmb.gov.tr/ocak-2024-butce-gerceklesmeleri>>, Erişim Tarihi 07 Mart 2024.

³⁶ NTV, "Bakan Şimşek Açıkladı: 2024 Yılında Ek MTV Ödemesi Devam Edecek Mi?", 04.03.2023, <<https://www.ntv.com.tr/ekonomi/bakan-simsek-acikladi-2024-yilinda-ek-mtv-odemesi-devam-edecek-mi,Aya24Mg9FU6h1WjvFd1opQ>>, Erişim Tarihi 07 Mart 2024.; GazeteOksijen, "Dezenformasyonla Mücadele Merkezi: 2024'te İkinci Bir Ek MTV İçin Bakanlığın Çalışması Yok", 02.01.2024, <<https://gazeteoksijen.com/ekonomi/dezenformasyonla-mucadele-merkezi-2024te-ikinci-bir-ek-mtv-icin-bakanligin-calismasi-yok-198741>>, Erişim Tarihi 07 Mart 2024.

görölmüştür³⁷. Bu başlık altında Türkiye’de daha eski tarihlerde getirilen ek motorlu taşıtlar vergisi ve birlikte uygulanan diğer ek vergilere değinilecektir.

B. 1999 Depremleri Sonrasında İhdas Edilen Malî Yükümlülükler

1999 yılında gerçekleşen, Resmî Raporlara göre toplamda 19.218 can kaybının, 128.124 yıkılan ve ağır hasarlı binanın söz konusu olduğu 17 Ağustos Gölcük ve 12 Kasım Düzce depremleri sonrasında kamu geliri arayışına girilmiştir. Bu süreçte, yukarıda bahsi geçen Deprem Fonunda bulunması gereken kaynaklar yine siyasî ve toplumsal infialleri beraberinde getirmiştir. Ancak hızlı kaynak arayışı neticesinde, dış borçlanmanın³⁸ yanı sıra gelir ve kurumlar vergisi mükelleflerinden alınan ek vergi, emlak ve motorlu taşıtlar ek vergileri ile özel iletişim ve özel işlem vergilerinin ihdası söz konusu olmuştur³⁹.

Sayılan malî yükümlülükler, 26.11.1999 tarih ve 4481 sayılı “17.8.1999 ve 12.11.1999 Tarihlerinde Marmara Bölgesi ve Civarında Meydana Gelen Depremın Yol Açtığı Ekonomik Kayıpları Gidermek Amacıyla Bazı Mükellefiyetler İhdası ve Bazı Vergi Kanunlarında Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun”⁴⁰ ile düzenlenmiştir. 4481 sayılı Kanun’un 1 ilâ 5’inci maddeleri arasında ek gelir ve kurumlar vergisi düzenlemelerine yer verilmiştir. Bu hükümlere göre, 1998 yılı kazanç ve iratlarını yıllık beyanname ile beyan eden gelir ve kurumlar vergisi mükellefleri, 1998 yılı ticarî ve meslekî kazançları götürü usulde tespit edilen gelir vergisi mükellefleri ile 1998 yılında elde ettikleri ücretlerinin vergi matrahı toplamı on iki milyar lirayı aşan ücretlilerin 1998 yılı vergi matrahları üzerinden %5 oranında ek gelir ve kurumlar vergisi ödeyeceği düzenlenmiştir. Depremlerden etkilenen

³⁷ Yusuf Karakoç, “Ek Kurumlar Vergisinin Anayasaya Uygunluğu Meselesi”, *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, 22, 2023, s. 55; Abdullah Tekbaş, *Vergi Kanunlarının Anayasaya Uygunluğunun Yargısal Denetimi*, T.C. Maliye Bakanlığı Strateji Geliştirme Başkanlığı, 2009, s. 304; Elif Yılmaz Furtuna, “Olağanüstü Yönetim Usullerinde Vergilendirme Yetkisinin Hukuki Sınırları ve Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 25(3), 2021, s. 444, 445.

³⁸ Alexandra Bibbee / Rauf Gönenç / Scott Jacobs / Josef Konvitz / Robert Price, *Economic Effects of the 1999 Turkish Earthquakes: An Interim Report*, OECD Economic Department Working Papers No. 247, OECD, 2000, s. 17, 18, 42.

³⁹ Bibbee / Gönenç / Jacobs / Konvitz / Price, s. 16; Betül Hayrullahoğlu, “Türkiye’de Deprem Harcamalarının Finansmanı Amacıyla Yürürlüğe Konulan Vergilerin İncelenmesi”, *Mehmet Akif Ersoy Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, 9(1), 2022, s. 105.

⁴⁰ RG. 26.11.1999-23888 (Mükerrer).

iller olan Kocaeli, Sakarya, Yalova ve Bolu'da⁴¹ mükellefiyeti bulunanlar; bu depremlerde varlıklarının en az yüzde onunu, eşini veya birinci derece kan hısımlarından birini kaybedenler söz konusu vergiden muaf tutulmuştur.

4481 sayılı Kanun'un 6'ncı maddesinde ek emlak vergisi düzenlemeleri yer almıştır. Bu hükümde Türkiye sınırları içinde bulunan binalar ile arazi ve arsalar, 1999 yılı emlak vergisi matrahları üzerinden bir defaya mahsus olmak üzere ek vergiye tâbi tutulmuştur. Sahip olunan konutlardan brüt alanı 120 m²'yi geçmeyen ve mükellefçe seçilen bir konut ile yine depremlerden etkilenen iller olan Kocaeli, Sakarya, Yalova ve Bolu'da yer alan bina, arsa ve araziler; bu depremlerde varlıklarının en az yüzde onunu, eşini veya birinci derece kan hısımlarından birini kaybedenler söz konusu vergiden muaf tutulmuştur.

4481 sayılı Kanun'un 7'nci maddesinde ise, ek motorlu taşıtlar vergisi düzenlemelerine yer verilmiştir. Söz konusu hükümde, motorlu taşıtlar vergisine tâbi olan ve Kanun'un yayımlandığı tarihte ilgili sicilde kayıtlı olan taşıtlardan bir defaya mahsus olmak üzere, 1999 yılı için tahakkuk ettirilen motorlu taşıtlar vergisi tutarı kadar ek motorlu taşıtlar vergisi alınacağı düzenlenmiştir. Diğer düzenlemelere paralel biçimde, eşini veya birinci derece kan hısımlarından birini depremde kaybedenlere ait taşıtlar ile depremde hasar gören taşıtlar bu vergilendirmenin dışında bırakılmıştır.

Kanun'un 8'inci ve 9'uncu maddelerinde daha önce yürürlükte olmayan özel iletişim ve özel işlem vergileri düzenlenmiştir. Cep telefonu işletmecileri tarafından verilen hizmetlerin tâbi olduğu Özel İletişim Vergisinin, %25 oranında uygulanacağı düzenlenmiştir. Özel İşlem Vergisinin ise eğitime katkı payı alınan işlem ve kâğıtlardan bu pay kadar ödeneceği; vadeli mevduat, vadeli döviz tevdiat hesabı ile özel finans kurumlarınca açılan katılma hesabı sahiplerinden her vade sonunda bu bankalar ve özel finans kurumlarınca tahsil edileceği belirtilmiştir. 31.12.2003 tarihine kadar⁴² uygulanacağı düzenlenen bu vergilerden Özel İletişim Vergisi, 6802 sayılı Gider Vergileri Kanunu'nun⁴³

⁴¹ Daha öncesinde Bolu'ya bağlı bir ilçe olan Düzce, 09.12.1999 tarihli ve 23091 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 584 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile il olmuştur.

⁴² 4481 sayılı Kanun'da 31.12.2000 tarihine kadar uygulanacağı düzenlenen özel iletişim vergisinin uygulama süresi önce 4605 sayılı Kanun (RG. 30.11.2000-24246 Mükerrer) ile 31.12.2002'ye, sonrasında da 4783 sayılı Kanun (RG. 09.01.2003-24988) ile 31.12.2003'e kadar uzatılmıştır.; Abdurrahman Akdoğan, "Ek veya Geçici Nitelikteki Vergi Uygulamalarından, Sürekliliği Olan Vergi Düzenlemelerine", *Yaklaşım*, 8(96), 2000, s. 30.

⁴³ RG. 23.07.1956-9362.

39'uncu maddesinde 25.12.2003 tarihinde gerçekleştirilen düzenleme ile⁴⁴ kalıcı hale getirilmiştir⁴⁵. Söz konusu verginin uygulanmasına iletişim teknolojilerinde gerçekleşen gelişmeler neticesinde kapsamı genişletilerek günümüzde de devam edilmektedir.

C. 2003 Yılında İktisadî Kriz Gerekçesiyle İhdas Edilen Malî Yükümlülükler

1999 yılında 4481 sayılı Kanun'da *bir defaya mahsus olmak üzere* getirilen malî yükümlülüklerin benzerlerine, bu tarihten önce içinde bulunulan ekonomik güçlükler nedeniyle başvurulduğu görülmektedir. İçerik bakımından bu incelemenin konusu ile örtüşen benzer yükümlülükler ilk defa 1994 yılında yürürlüğe giren 3986 sayılı Kanun'da⁴⁶ yer almaktadır⁴⁷. Anılan Kanun ile ek motorlu taşıtlar vergisinin yanı sıra ekonomik denge vergisi ve net aktif vergisi de ihdas edilmiştir⁴⁸. Kanun Gerekçesinde bu yükümlülükler

⁴⁴ 5035 sayılı Kanun'un 45'inci maddesi; RG. 02.01.2004-25334.

⁴⁵ Getirildiği dönemde Deprem Vergisi olarak da anılan Özel İletişim Vergisinin kalıcı hale gelmesinin ardından gerçekleşen büyük etkili depremlerden sonra "*Deprem Vergisine ne oldu?*" soruları gündeme gelmektedir. Bu yaklaşıma karşı, bir verginin gelirlerinin fonlardan farklı olarak yalnızca bir amaca özgülenmesinin söz konusu olamayacağına ilişkin olarak bkz.; Fritz Neumark, (Çeviren: Sabri Fehmi Ülgener), *Maliyeye Dair Tetkikler*, 4. Bası, İsmet Akgün Matbaası, 1951, s. 53, 54; Abdurrahman Akdoğan, *Kamu Maliyesi*, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 23. Bası, Gazi Kitabevi, 2023, s. 141; Hayrullahoğlu, s. 110-112; Onur Uçar / Cevat Tosun, "*Deprem Vergisi*" Söyleminin Teorik ve Hukuksal Açından İncelenmesi", *International Journal of Economics, Politics, Humanities & Social Sciences*, 6(4), 2023, s. 270-272. Karakoç bu hususu "*Sadece bir (bu) vergi değil, her vergi deprem vergisidir.*" ifadeleri ile açıklamıştır; Karakoç, Ek Kurumlar, s. 71.

⁴⁶ Ekonomik Denge İçin Yeni Vergiler İhdası ile 1.7.1964 Tarihli ve 488 Sayılı, 2.7.1984 Tarihli ve 3065 Sayılı, 31.12.1960 Tarihli ve 193 Sayılı, 21.7.1953 Tarihli ve 6183 Sayılı, 2.2.1981 Tarihli ve 2380 Sayılı, 15.7.1963 Tarihli ve 277 Sayılı Kanunların Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun; RG. 07.04.1994-21927.

⁴⁷ Münhasıran ekonomik darboğazlar nedeniyle getirilen olağandışı vergilendirmeler 1994'ten çok daha geriye gitmektedir. İktisadî Buhran Vergisi, Malî Muvazene Vergisi, Hava Kuvvetlerine Yardım Vergisi, Toprak Mahsulleri Vergisi, Millî Korunma Vergisi, Varlık Vergisi ve Malî Denge Vergisi uygulamaları, çeşitli sebepler ile ortaya çıkan kamu geliri arayışını karşılamak üzere getirilen olağandışı vergilere verilecek diğer örneklerdendir; Ahmet G. Kumrulu, "Malî Denge Vergisi", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 33(1), 1976, s. 52, 53.

⁴⁸ 3986 sayılı Kanun'da yer alan ekonomik denge ve net aktif vergisi düzenlemelerine karşı Anayasa Mahkemesi'ne itiraz yoluna başvurulmuşken ek motorlu taşıtlar vergisi için norm denetimi gerçekleşmemiştir. 3986 sayılı Kanun'a ilişkin Anayasa Mahkemesi kararları için bkz.: AnyM, 06.07.1995 Tarihli ve E. 1994/80, K. 1995/27, (RG. 02.02.1996-22542); AnyM, 06.07.1995 Tarihli ve E. 1995/4, K. 1995/28, (RG. 02.02.1996-22542); AnyM, 06.07.1995 Tarihli ve E.1995/6, K.1995/29, (RG. 10.02.1996-22550); AnyM, 13.07.1995 Tarihli ve E.1994/85, K.1995/32, (RG. 28.09.1996-22771); AnyM, 18.07.1995 Tarihli ve E.1994/84,

“ekonomik dar boğazın aşılmasında toplumdaki her kesimin malî gücüne göre özveride bulunmasını sağlayacağı gibi, ekonomik istikrarın sağlanmasında da önemli bir etken olacaktır.” açıklamaları ile savunulmuştur⁴⁹.

Ekonomik zorlukları takip eden dönemde finansman arayışı için 1994 yılında çıkarılan 3986 sayılı Kanun’un ardından, benzer sebepler ile 03.04.2003 tarihli ve 4837 sayılı Ekonomik İstikrarı Sağlamak İçin Ek Vergiler Alınması Hakkında Kanun⁵⁰ ve 30.07.2003 tarihli ve 4962 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması ve Vakıflara Vergi Muafiyeti Tanınması Hakkında Kanun’da⁵¹ da ek yükümlülükler düzenlenmiştir.

4837 sayılı Kanun’un Gerekçesinde, 2003 yılı ekonomik istikrarının sağlanabilmesi için ilâve tedbir olarak kamu gelirini artırıcı politikaların uygulanmasına ihtiyaç duyulduğu ve bu ihtiyacın dolaylı vergilerin kamu gelirleri arasındaki payının yüksek olması karşısında vergi yükünün âdil dağılımı için servet üzerinden alınan ek motorlu taşıtlar ve emlak vergileri ile sağlanmaya çalışıldığı belirtilmiştir⁵². Bu yönde Kanun’un 1’inci maddesinde, Motorlu Taşıtlar Vergisi Kanunu kapsamında ilgili sicilde kayıtlı bulunan taşıtların bir defaya mahsus olmak üzere 2003 yılı için tahakkuk ettirilen motorlu taşıtlar vergisi tutarı kadar motorlu taşıtlar vergisine; 2’nci maddesinde de Emlak Vergisi Kanunu kapsamındaki bina, arsa ve arazilerin 2003 yılı vergi matrahları üzerinden bir defaya mahsus olmak üzere ek emlak vergisine tâbi olacağı düzenlenmiştir.

4837 sayılı Kanun’da düzenlenen ek motorlu taşıtlar vergisine ilişkin

K.1995/33, (RG. 19.10.1996-22792); AnyM, 18.07.1995 Tarihli ve E.1994/91, K.1995/34, (RG. 09.01.1997-22872); AnyM, 18.07.1995 Tarihli ve E.1995/7, K.1995/35, (RG. 09.01.1997-22872); AnyM, 26.11.1997 Tarihli ve E.1997/54, K.1997/67, (RG. 09.03.2000-23988).

⁴⁹ Ekonomik Denge İçin Yeni Vergiler İhdası İle Bazı Vergi Kanunlarında Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Tasarısı ve Plan ve Bütçe Komisyonu Raporu (1/681), Dönem: 19, Yasama Yılı: 3, Sıra Sayısı: 648, <<https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d19/c058/tbmm19058092ss0648.pdf>>, Erişim Tarihi 12 Aralık 2023.

⁵⁰ RG. 11.04.2003-25076.

⁵¹ RG. 07.08.2003-25192.

⁵² Söz konusu Kanun’a ilişkin Büyük Millet Meclisi’nde gerçekleşen tartışmalar esnasında 1999 Gölcük-Düzce depremlerinden etkilenen bölgelerde bulunan mükelleflerin, 4481 sayılı Kanun’da da olduğu gibi, getirilen ek yükümlülüklerden muaf tutulması fikri de öne atılmıştır ancak bu öneriler kabul görmemiştir.; T.B.M.M. Tutanak Dergisi, Dönem: 22, Cilt: 11, Yasama Yılı: 1, 60’ıncı Birleşim, 02.04.2003, <<https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d22/c011/tbmm22011060.pdf>>, Erişim Tarihi 11 Ekim 2023.

olarak aşağıda değinilecek olan Anayasa Mahkemesi kararı üzerine 4962 sayılı Kanun'da benzer bir düzenlemeye *taşıtlar vergisi* adı altında yeniden yer verilmiştir. Hatta Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması ve Vakıflara Vergi Muafiyeti Tanınması Hakkında Kanun Tasarısında yer almayan taşıtlar vergisi düzenlemesi, Tasarıya Genel Kuruldaki görüşmeler esnasında eklenmiştir⁵³.

IV. ANAYASA MAHKEMESİNİN EK MOTORLU TAŞITLAR VERGİSİNE İLİŞKİN KARARLARININ İNCELENMESİ

A. Genel Açıklama

Gölcük ve Düzce depremleri sonrasında getirilen malî yükümlülükler; gerçekleştirilen giderler ve deprem bölgesinde vazgeçilen ya da ertelenen kamu borçları neticesinde yüksek bütçe açıklarının⁵⁴ verildiği 2023 yılı Şubat ayını takip eden dönemde kamu giderlerinin finansmanı için getirilen ek yükümlülükler ile büyük paralellik taşımaktadır. Bunun karşısında olağanüstü bir hâlin gereği olmaksızın, salt ekonomik istikrarın sağlanması amacı öne sürülerek 2003 yılında getirilen ek yükümlülükler gerekçe yönünden 2023'te getirilen düzenlemelerden ayrılmaktadır.

1999 ve 2003 yıllarında öngörülen bu ek yükümlülükler karşılığında Anayasa Mahkemesi nezdinde açılan davalarda Mahkemenin yorumu, 7456 sayılı Kanun'un ek motorlu taşıtlar vergisini düzenleyen 1'inci maddesinin iptali için açılan davada verilen kararın yorumlanmasında bir temel teşkil etmektedir. Bu nedenle izleyen başlık altında Anayasa Mahkemesinin ilgili düzenlemelere ilişkin kararları incelenecektir.

B. Anayasa Mahkemesinin 1999 ve 2003 Yıllarındaki Düzenlemelere İlişkin Kararları

1. Genel Olarak

2023 yılında gerçekleşen deprem felaketini takip eden süreçte kamu giderlerine finansman sağlanması için izlenen ek vergi getirme yolu, yukarıda da belirtildiği üzere daha öncesinde 1999 Gölcük-Düzce depremlerinin ardından da söz konusu olmuştur. İlgili malî yükümlülüklerin sağladığı kamu

⁵³ T.B.M.M. Tutanak Dergisi, Dönem: 22, Cilt: 25, Yasama Yılı: 1, 112'nci Birleşim, 29.07.2003, <<https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d22/c025/tbmm22025112.pdf>>, Erişim Tarihi 11 Ekim 2023.

⁵⁴ T.C. Hazine ve Maliye Bakanlığı, "Aylık Bütçe Gerçekleşme Raporu – Haziran 2023", s. 1, <<https://ms.hmb.gov.tr/uploads/2023/07/2023-Haziran-Aylik-Butce-Gerceklesme-Raporu-1.pdf>>, Erişim Tarihi 14 Haziran 2024.

geliri, 2003 yılında ekonomik istikrarın gerçekleştirilmesi ve kamu sektörü faiz dışı fazla hedefine ulaşılabilmesi için de bu yükümlülüklerin uygun finansman kaynağı olarak görülmesine neden olmuştur. Ancak Anayasa Mahkemesi bu düzenlemeleri, getirilme gerekçeleri arasında bir fark gözeterek ele almıştır.

2. 1999 Gölcük-Düzce Depremi Sonrasında 4481 Sayılı Kanun ile Getirilen Ek Motorlu Taşıtlar Vergisine İlişkin Anayasa Mahkemesi Kararı

a. Genel Olarak

Anayasa Mahkemesi 28.03.2001 tarihli ve E.1999/51, K.2001/63 sayılı kararında, 1999 Gölcük-Düzce depremlerini takip eden dönemde kabul edilen ve ek gelir ve kurumlar vergisi, ek emlak vergisi, ek motorlu taşıtlar vergisi, özel iletişim ve özel işlem vergisini düzenleyen 4481 sayılı Kanun'un 1'inci, 6'ncı, 7'nci ve 9'uncu maddelerinin Anayasa'ya aykırılığından bahisle bu hükümlerin iptali için yapılan başvuruyu incelemiştir. Başvuruda ilgili hükümlerin Anayasa'nın, Türkiye Cumhuriyeti'nin sosyal bir hukuk devleti olduğunu belirten 2'nci maddesine ve vergi ödevini düzenleyen 73'ncü maddesine aykırı olduğu öne sürülmüştür.

Yapılan başvuruda ilgili yükümlülüklerin özellikle iki yönden sakıncalı olduğu vurgulanmıştır. Öncelikle 1998 gelir ve kazançlarının yeniden vergilendirmeye tâbi tutulması biçiminde gerçekleşen vergilendirmenin *geçmişe yürüme* teşkil ettiği ve bunun Anayasa'nın 2'nci maddesinde düzenlenen hukuk devleti ilkesinin önemli bir yönü olan hukukî güvenlik ilkesine aykırılığı öne sürülmüştür. Bunun yanı sıra 1999 yılında gerçekleştirilen vergilendirmenin üzerine aynı vergi dönemi için aynı vergi konuları üzerinden getirilen ek yükümlülüklerin de Anayasa'nın 73'üncü maddesinde düzenlenen malî güce göre vergilendirme ve vergi yükünün adaletli ve dengeli dağılımı ilkelerine aykırılık teşkil ettiği belirtilmiştir.

b. Anayasa Mahkemesinin Değerlendirmesi

Anayasa Mahkemesi belirtilen iddialara yönelik incelemesinde sosyal hukuk devletine ilişkin olarak *“temel hak ve özgürlükleri en geniş ölçüde sağlayan ve güvence altına alan, toplumsal gerekleri ve toplum yararını gözetken kişi ve toplum yararı arasında denge kuran, toplumsal dayanışmayı üst düzeyde gerçekleştiren, güçsüzleri güçlüler karşısında koruyarak eşitliği, sosyal adaleti sağlayan, çalışma hayatının gelişmesi için önlemler alarak çalışanları koruyan, millî gelirin adil bir biçimde dağıtılmasını sağlayan*

devlet” yönündeki tanımı ortaya koymuştur. Söz konusu tanım, Anayasa’da Türkiye Cumhuriyeti’nin nitelikleri arasında sayılan *sosyal bir hukuk devleti* olma özelliğinin “sosyal devlet” yönünün ağır bastığı bir tasvir teşkil etmektedir. Tanımda özellikle Devlet’in; toplum yararını gözetme, kişi yararı ile toplumsal yarar arasında denge kurma, toplumsal dayanışmayı en üst düzeyde gerçekleştirme gibi ödevlerinin üzerinde durulması, nihai karara giden yolda Mahkemenin bakış açısını ortaya koyması bakımından önem taşımaktadır. Bu durum Mahkemenin geçmişe etkili ek yükümlülüğünün neden olduğu hukukî güvenliğin ihlâli durumunu⁵⁵ irdelemek yerine, Kanun Gereğesinin sosyal devlet ilkesi ile uyumlu olmasını ön plâna alması ile görülebilmektedir.

4481 sayılı Kanun’un 1’inci maddesinin Anayasa’ya aykırılığının incelendiği bölümde yer alan “*deprem nedeniyle oluşan ekonomik kayıpların giderilmesi ve toplumsal dayanışmanın sağlanması gibi sosyal ve ekonomik koşulların zorunlu kıldığı nedenlerle, ek vergi getirilmesinde kamu yararının gözetildiği*” yorumu, Kanun Gereğesinin sosyal devlet ilkesi ile birlikte okunduğunu ortaya koymaktadır. Özellikle de bu Gereğenin *öngörülebilir ancak* önlenemez bir doğal afetten kaynaklanan ani kamu geliri ihtiyacını esas alması, Mahkemenin hukukî güvenlik kaygılarını bir kenarda bırakmasında etkili olmuştur⁵⁶. *Kamu yararına* ilişkin bu yorum diğer hükümler için de Anayasa’ya uygunluk sebebi olarak tekrar edilmiştir.

Mahkeme, söz konusu düzenlemelerin Anayasa’nın 73’üncü maddesinde düzenlenen malî güce göre vergilendirme ilkesine aykırılık iddiaları için hukuk devletine aykırılık iddiasından daha geniş bir çerçevede değerlendirmede bulunmuştur. Bu kapsamda 4481 sayılı Kanun’un 1’inci maddesinde düzenlenen ek gelir ve kurumlar vergisinin incelenmesinde Mahkeme, vergilendirmenin 1998 yılına ait matrah üzerinden gerçekleştirilmesinin malî güce göre vergilendirme açısından yeterli gördüğünü belirtmektedir. Mahkemenin yorumuna göre, verginin olağan dönemdeki matrahının belirlenmesi esnasında malî güce göre vergilendirme araçları aktif biçimde kullanılmış olup bu matrah üzerinden gerçekleştirilen ek vergilendirme de malî güce göre vergilendirme ve vergi yükünün adaletli dağılımı ilkelerine uygun düşmektedir⁵⁷.

4481 sayılı Kanun’un 6’ncı ve 7’nci maddelerinde düzenlenen ek

⁵⁵ Yusuf Karakoç, *Genel Vergi Hukuku*, 2. Bası, Yetkin Yayınları, 2019, s. 501.

⁵⁶ Karakoç, *Ek Kurumlar*, s. 53.

⁵⁷ Karakoç, *Ek Kurumlar*, s. 74.

emlâk ve motorlu taşıtlar vergileri için malî güce göre vergilendirmeye ilişkin Mahkeme değerlendirmesi; bu hükümlerde düzenlenen ek istisna ve muafiyetleri de içermektedir. Mahkeme, ek emlâk vergisi için olağan emlâk vergisinde geçerli olan muafiyet ve istisnaların yanı sıra brüt alanı 120 m²'yi geçmeyen konutların ve hem ek emlâk vergisi hem de ek motorlu taşıtlar vergisi için depremden etkilenen yükümlülerin vergilendirme dışında bırakılmasının mali güce göre vergilendirmeyi sağlamaya yönelik araçlar teşkil ettiğini ifade etmiştir.

c. Karar

Sayılan gerekçeler doğrultusunda Mahkeme özellikle kamu yararı amacını gözeterek, 4481 sayılı Kanun ile getirilen ek gelir ve kurumlar vergisi, ek emlâk vergisi, ek motorlu taşıtlar vergisi ve özel işlem vergisine ilişkin düzenlemelerin Anayasa'ya aykırılığından bahisle iptali için yapılan başvuruyu reddetmiştir.

Yukarıda da değinildiği üzere kararda, hukuk devleti ilkesinin önemli bir unsuru olan hukukî güvenliğe aykırılık iddiasına doğrudan bir açıklama getirilmemiştir. Hukuk devleti ilkesi, Türkiye Cumhuriyeti'nin sosyal bir hukuk devleti olma niteliği olarak toplu bir biçimde ele alınmış ve sosyal devletin gereklerinden biri olan kişi yararı ile toplumsal yarar arasında bir denge kurulması, söz konusu malî yükümlülüklerin öngörülmesi için gerekçe olarak gösterilen deprem felaketleri ile birlikte değerlendirilmiştir.

d. Karşı Oylar

Davanın reddi yönündeki kararın, Anayasa Mahkemesi üyeleri *Haşim Kılıç* ve *Yalçın Acargün*'e ait ilk karşı oyunda⁵⁸ hukuk devletine aykırılık iddiası diğer anayasal ilkeler ile ilişkilendirilerek daha ayrıntılı bir biçimde incelenmiştir. Bu bağlamda söz konusu düzenleme vergilerin kanuniliği ve hukukî güvenlik ilkeleri bakımından değerlendirilmiştir. Vergilerin kanunlar ile konulması gerekliliğini ortaya koyan kanunilik ilkesinin, mükelleflerin kendilerine uygulanacak kuralları bilerek sosyal, ekonomik ve hukukî ilişki ve davranışlarını bu düzenlemelere göre uyarlama teminatını sağlayan hukukî güvenliği de beraberinde getirdiği ortaya konulmuştur. Karşı oyda karara konu düzenlemeler ile geçmişe etkili yükümlendirmenin yapılması neticesinde hukukî güvenlik ilkesinin ihlâl edildiği belirtilmiştir. Aynı zamanda 1998 yılında gerçekleşen iktisadî olaylar bu dönem için söz konusu olan düzenlemeler

⁵⁸ AnyM, 28.03.2001 Tarihli ve E.1999/51, K. 2001/63, (RG. 29.03.2002-24710, s. 8-10).

ile vergilendirilerek kapandığından; getirilen malî yükümlülüklerin, birtakım istisna ve muafiyetleri taşıdığı gerekçesi ile *malî güce göre vergilendirmenin* gerçekleştiğinden bahisle Anayasa'ya uygunluğundan bahsedilemeyeceğinin üzerinde durulmuştur. Bunlara ilâveten ek gelir ve kurumlar vergisinde ücretliler için 1998 yılında elde edilen gelirin 12 milyarı aşması ve 4481 sayılı Kanun'un kabul edildiği tarihte çalışıyor olma şartının, 1998 yılı kazanç ve iratlarını yıllık beyanname ile beyan eden ya da kazancı götürü usulde tespit edilen mükellefler için söz konusu olmaması; ek motorlu taşıtlar vergisinde de Kanun'un kabul edildiği tarihten sonra sicile kaydolun taşıtların vergilendirme dışında kalması neticesinde mükellefler arasında eşitsizliğin yaratıldığı öne sürülmüştür. Bu açıklamalar doğrultusunda 4481 sayılı Kanun'un kazanç ve iratları yıllık beyanname ile beyan eden ve geliri götürü usulde tespit edilen mükellefler yönünden ek gelir ve kurumlar vergisinin düzenlendiği 1'inci maddenin (a) ve (b) bentleri ile ek motorlu taşıtlar vergisinin düzenlendiği 7'nci maddesinin iptali gerektiği belirtilmiştir.

Anayasa Mahkemesi üyesi *Sacit Adalı*'nın karşı oyunda⁵⁹ da 4481 sayılı Kanun ile öngörülen malî yükümlülükler *salma* olarak nitelendirilmiş, önceki yıl kazançları üzerine getirilen bu yükümlülüklerin *eşitlik, müterakkilik, geriye yürümezlik, malî güce göre vergi alma* ve *hukukî güvenlik* ilkelerine riayet edilmeksizin getirildiği belirtilmiştir. Söz konusu karşı oyda, Kanun'da getirilen yükümlülükler neticesinde elde edilen kamu gelirinin deprem felaketleri nedeniyle gerçekleştirilmesi gereken harcamalara özgülüneceğine ilişkin bir *tahsis* hükmünün bulunmayışına da değinilmiştir. Bu tespit, Kanun Gerekçesinde deprem felaketi nedeniyle kamu gelirine ihtiyaç duyulduğuna ilişkin beyanın bir tahsis hükmü bulunmaksızın Mahkemece doğrudan *kamu yararı* açıklamasına esas alınması bakımından önemli bir tartışmaya dikkat çekmektedir. Bu tartışmanın özünde Bütçe Hukukunda yer alan *adem-i tahsis ilkesi* ve *vergilerin karşılıksız olma* özelliği ile anayasal vergilendirme ilkelerini ihlâl eden bir yükümlülüğün *bir harcama sebebine dayandırılarak hukuka uygunluk nitelendirmesinden faydalandırılması* esasları karşı karşıya gelmektedir. Bu karşı oyda da anayasal vergilendirme ilkelerine aykırı biçimde getirilen bir malî yükümlülüğün hukuka uygunluğunun dayandırıldığı *gerekçeye* kanunî düzeyde özgülüne beklentisi temsil edilmektedir. Ancak bu beklenti, mükelleflerin ödediği vergi ile faydalandığı kamu hizmeti arasında doğrudan bir ilişki olmadığını ifade eden vergilerin karşılıksız olma

⁵⁹ AnyM, 28.03.2001 Tarihli ve E.1999/51, K. 2001/63, (RG. 29.03.2002-24710, s. 10, 11).

özelliği⁶⁰ ile bütçede bütün kamu gelirlerinin bütün kamu giderlerine karşılık tutulması; belirli gelirlerin belirli giderlere özgülenememesi anlamını taşıyan adem-i tahsis ilkesi⁶¹ gereğince modern vergi ve bütçe hukuku ilkeleri ile örtüşmeyen bir beklentidir⁶². Bunun karşısında, benzeri yönde tahsislerin başka Kanunlarda öngörülebiliyor olması bu beklentiye daha da artıran bir husus teşkil etmektedir⁶³.

Bu açıklamalar doğrultusunda ikinci karşı oyda da Kanun'un kazanç ve iratları yıllık beyanname ile beyan eden ve geliri götürü usulde tespit edilen mükellefler yönünden ek gelir ve kurumlar vergisinin düzenlendiği 1'inci maddenin (a) ve (b) bentlerinin Anayasa'ya aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

e. Değerlendirme

4481 sayılı Kanun'da getirilen ek yükümlülüklerin hukuk devleti ve malî güce göre vergilendirme ilkeleri bağlamında Anayasa'ya aykırılığı iddiaları ile yapılan başvuruda Mahkemenin ve karşı oyda kalan Mahkeme Üyelerinin değerlendirmeleri yukarıda açıklanan kapsamda gerçekleşmiştir. Bu bağlamda geçmişe etkili malî yükümlülüklerin Anayasa'ya uygunluğu tartışması Mahkemenin daha eski tarihli kararlarının aksine⁶⁴, etraflı biçimde ele alınmamış ve *kamu yararı* ile kısaca gerekçelendirilerek geçiştirilmiştir⁶⁵.

⁶⁰ Selim Kaneti / Esra Ekmekçi / Gülsen Güneş / Mahmut Kaşıkçı, *Vergi Hukuku*, 2. Bası, Filiz Kitabevi, 2022, s. 5; Yusuf Karakoç, *Kamu Maliyesi*, Düzeltilmiş ve Düzenlenmiş 3. Bası, Yetkin Yayınları, 2023, s. 106, 107.

⁶¹ Bedi N. Feyzioğlu, "Bütçede Genellik (Umumiyet) İlkesi", *Maliye Araştırma Merkezi Konferansları*, 9, 1963, s. 146.

⁶² Karakoç, Ek Kurumlar, s. 71.

⁶³ Bu durumun karşı oyda da anılan örneği, 16.08.1997 kabul tarihli ve 4306 sayılı İlköğretim ve Eğitim Kanunu, Milli Eğitim Temel Kanunu, Çıracılık ve Meslek Eğitimi Kanunu, Milli Eğitim Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun ile 24.3.1988 Tarihli ve 3418 Sayılı Kanunda Değişiklik Yapılması ve Bazı Kağıt ve İşlemlerden Eğitime Katkı Payı Alınması Hakkında Kanun ile gerçekleşmiştir. 4306 sayılı Kanun'un geçici 1. maddesi tahsil edilen birtakım vergi ve harçların %25'inin ilköğretim ve ortaöğretim hizmetlerinde kullanılmak üzere Milli Eğitim Bakanlığına ödeneceğini düzenlemektedir; RG. 18.08.1997-23084.

⁶⁴ AnyM, 07.11.1989 Tarihli ve E. 1989/6, K. 1989/42, (RG. 06.04.1990-20484) İlgili karar da yine motorlu taşıtlar vergisinde yıl içinde yapılan değişikliklerin yükümlülere yansıtılmasına ilişkindir. Anayasa Mahkemesi vergi miktarını artırmaya yönelik değişikliklerden yılın ilk altı ayı içinde yapılan motorlu taşıtlar vergisinin ödeme zamanı temmuz ayı olan ikinci taksitini etkilemesini Anayasa'ya aykırı görmemiştir. Ancak Mahkeme gerekçeli kararında geçmişe yürüme hususunu ayrıntılı bir biçimde ele almıştır.

⁶⁵ Aynı yönde bkz.; Tekbaş, *Vergi Kanunlarının*, s. 282; Yıldırım Taylar/Özgecan Gök/ Burcu Demirbaş Aksüt/ Emine Sevcan Artun, *Mükellef Haklarının Korunması Bakımından Hukuki Güvenlik İlkesi*, On İki Levha Yayıncılık, 2020, s. 145.

İlgili düzenlemeler için geçmişe yürüme tartışmasına yer verilmeden, hukukî öngörülebilirlik ve hukuk devletinin vergilendirmedeki yansımalarına değinilmeden, özetle hukukî anlamda sorunlu hususlarda değerlendirme yapılmadan kamu yararına dayanılarak ret kararı verilmiştir.

Mahkeme malî güce göre vergilendirmeyi⁶⁶ *kişilerin ekonomik ve kişisel durumlarına göre vergi alınması* olarak tanımlamış ve bu ilkeyi vergilendirmede eşitlik ilkesinin *dikeyeşitlik* yönü ile ilişkilendirerek farklı malî gücü olan kişilerin farklı vergilendirme rejimine tâbi tutulmalarının zorunlu olduğunu belirtmiştir. Bu bağlamda ödenecek verginin belirlenmesinde, ek gelir ve kurumlar vergisi için önceki yılın matrahının esas alınması ve bütün ek yükümlülükler için olağan istisna ve muafiyetlerin yanı sıra özellikle depremden zarar gören mükelleflerin korunduğu muafiyet ve istisnaların düzenlenmiş olması Mahkemenin malî güce göre vergilendirmeye yönelik değerlendirmesinde etkili olmuştur. Mükelleflerin ekonomik ve kişisel durumlarını gözeten istisna ve muafiyetler, Mahkemece bu yükümlülükler kapsamında malî güce göre vergilendirme ve vergi yükünün adaletli dağılımı ilkelerinin esas alındığının göstergesi olarak kabul edilmiştir⁶⁷.

Mahkeme depremden etkilenen mükelleflerin vergilendirme dışında bırakılmasını malî güce göre vergilendirme ilkesinin esas alındığına dair bir dayanak olarak yorumlarken mükellefler arasında eşitsizliğe yol açabileceği *karşı oylarda belirtilen* hususlara ilişkin bir değerlendirmede bulunmamıştır. Ek gelir ve kurumlar vergisinde ücretliler için 1998 yılında elde edilen gelirin 12 milyar TL'yi aşması ve 4481 sayılı Kanun'un kabul edildiği tarihte çalışıyor olma şartının, 1998 yılı kazanç ve iratlarını yıllık beyanname ile beyan eden ya da kazancı götürü usulde tespit edilen mükellefler için söz konusu olmaması ve ek motorlu taşıtlar vergisinde de sicile Kanun'un kabul edildiği tarihten sonra kaydolun taşıtların vergilendirme dışında kalması olarak özetlenebilecek bu hususlar, malî güce göre vergilendirme ya da vergi

⁶⁶ Mahkeme bu açıklamasında malî güç ile ödeme gücü kavramları arasındaki ilişkiyi, Anayasa'nın 73'üncü maddesini kastederek "*Maddede yer alan "malî güç" kavramının "ödemeye gücü" anlamına geldiği kuşkusuzdur.*" ifadeleri ile ortaya koymuştur. Malî güç ile ödeme gücü terimlerinin aynı kavramı ifade etmediğine ilişkin olarak bkz.; Yusuf Karakoç, *Sosyal Maliye*, 2. Bası, Yetkin Yayınları, 2021, s. 247, 248.

⁶⁷ Karakoç, Ek Kurumlar, s. 74.; Anayasa Mahkemesinin kararlarında vergi yükünün adaletli ve dengeli dağılımına uygun gördüğü uygulamalar; yükümlülerin kişisel durumlarının gözetilmesi, sermaye iratlarının ücretlere göre farklı vergilendirilmesi, en az geçim indirimi, artan oranlı vergilendirme, çeşitli istisna ve muafiyet uygulamaları olarak sıralanabilecektir. Ayrıntılı bilgi için bkz.; Tekbaş, *Vergi Kanunlarının*, s. 314-316.

yükünün âdil dağılımı ilkelerinin bir gereğini yansıtmamaktadır. Burada farklı malî güce sahip mükellefler arasında bir farklılaştırmadan ziyade vergi düzenlemesi neticesinde ortaya çıkan bir eşitsizlik söz konusu olmaktadır. Mükellefler arasında yaratılan bu eşitsizliklere ilişkin, etraflı bir tartışma neticesinde ulaşılan hukukî çıkarımların gerekçeli kararda ortaya konulması gerekmektedir. Bu aykırılıklar göz ardı edilerek getirilen ek yükümlülüklerin vergilendirme ilkelerine uygun olduğunun belirtilmesi, gelecek uygulamalar için bu ilkelerin yorumlanmasında sakıncalı bir durum teşkil etmektedir.

Anayasa Mahkemesi, norm denetimi ile özünde kanun koyucunun politik tercihlerini hukukîlik denetimine tâbi tutmaktadır. Ancak Mahkemenin bazı durumlarda denetimini gerçekleştirirken dönemin siyasî ve toplumsal çalkantılarından soyutlanabilmesi güç görülmektedir⁶⁸. İlgili başvuruda gerçekleştirdiği değerlendirme üzerine, Anayasa Mahkemesinin iktidarın siyasî tercihlerini hukuka uygunluk bakımından değerlendirmek yerine yerindelik denetimine tâbi tuttuğu öne sürülebilecektir⁶⁹. Zira Kanun'un Gereğesinde yer alan kamu yararı savı, hukukî belirlilik ve eşitliğe aykırılık iddialarına yönelik bir cevap getirmeksizin ilgili kanunî düzenlemelerin Anayasa'ya uygun görülmesinde esas alınmıştır.

3. Ekonomik Nedenlerle 4837 Sayılı Kanun ile Getirilen Ek Motorlu Taşıtlar Vergisine İlişkin Anayasa Mahkemesi Kararı

a. Genel Olarak

Anayasa Mahkemesi 23.07.2003 tarihli ve E. 2003/48, K. 2003/76 sayılı kararında, 03.04.2003 tarih ve 4837 sayılı Ekonomik İstikrarı Sağlamak İçin Ek Vergiler Alınması Hakkında Kanun'un ek motorlu taşıtlar vergisi ile ek emlak vergisini düzenleyen 1'inci ve 2'nci maddelerinin Anayasa'ya aykırılığından bahisle yapılan iptal ve itiraz başvurularını incelemiştir. Başvuruda ilgili hükümlerin Anayasa'nın, Türkiye Cumhuriyeti'nin sosyal bir hukuk devleti olduğunu belirten 2'nci maddesine, kanun önünde eşitliği düzenleyen 10'uncu maddesine, Anayasa'nın bağlayıcılığını düzenleyen 11'inci maddesine ve vergi ödevini düzenleyen 73'üncü maddesine aykırılığı

⁶⁸ Erdoğan Teziç, "Kanunların Anayasaya Uygunluğunun "Esas" Açısından Denetimi", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 51(1-4), 1985, s. 29.

⁶⁹ Yusuf Karakoç, *Türk Hukuku'nda Vergi Kanunlarının Anayasaya Uygunluğunun Yargısal Denetimi*, 1998 Tarihli Çoğaltma Metinden Tıpkı Bası, Yetkin Yayınları, 2017, s. 271; Y. Burak Aslanpınar, "Anayasa Mahkemesi'nin Vergi ve Benzeri Mali Yükümlülüklerle İlişkin Kararlarında Kamu Yararı Ölçütü", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 104, 2013, s. 302, 303.

öne sürülmüştür.

4837 sayılı Kanun'un iptali istenen hükümleri, 2003 yılı matrahları üzerinden bir defaya mahsus olmak üzere alınacağı belirtilen ek motorlu taşıtlar vergisi ile ek emlak vergisini düzenlemektedir. Söz konusu ek yükümlülükler daha önce de değinildiği üzere 1999 Gölçük-Düzce depremleri gibi bir gerekçe ile getirilmemiş, 2001 finansal krizinin ardından kurulmaya çalışılan *etkin ekonomik politikalar*⁷⁰ bu konuda etkili olmuştur. Getirilen ek yükümlülükler, ekonomik istikrarın önemli unsurlarından biri olarak görülen faiz dışı fazlanın sağlanması⁷¹ için gerekli olan gelir artırıcı önlemler olarak gerekçelendirilmiştir.

b. Anayasa Mahkemesinin Değerlendirmesi

Mahkeme 4837 sayılı Kanun'un ek motorlu taşıtlar vergisini düzenleyen 1'inci maddesine ilişkin incelemesinde Anayasa'nın 73'üncü maddesinde düzenlenen malî güce göre vergilendirme ve vergilerin genelliği ilkesini vergilendirmede eşitlik ve adalet ilkeleri ile birlikte yorumlamıştır. Bu kapsamda Mahkeme 2003 yılında *2002 yılı için %59,0 oranında öngörülen yeniden değerlendirme oranı*⁷² ile güncellenerek tahsil edilen motorlu taşıtlar vergisinin ardından ikinci kez tahsil edilmesinin malî güce göre vergilendirme ilkesine aykırı bir uygulama olduğunu belirtmiştir. Mahkeme aynı zamanda gelir üzerinden alınan vergilerde bu yönde bir ek yükümlülüğün getirilmemiş olması karşısında ek motorlu taşıtlar vergisi ile vergi yükünün yalnızca motorlu taşıt sahibi mükellefler için ağırlaştırıldığına da dikkat çekmiştir.

Mahkeme, vergi yükünün dengeli, âdil, ölçülü ve eşit dağılımını engellediğini belirttiği bu düzenleme için ekonomik istikrar ve kamu borç stokunun azaltılması gerekçelerini, bu düzenlemelerin getirilmesinde olağanüstü şartların zorunlu kıldığı haklı nedenler olarak görmemiştir.

Ek motorlu taşıtlar vergisi için gerçekleştirilen vergilerin genelliğine ilişkin bu değerlendirme, 4837 sayılı Kanun'un 2'nci maddesinde getirilen ek emlak vergisinde karşılık bulamamıştır. Mahkeme vergilerin genelliği

⁷⁰ Zeynep Karaçor, "Öğrenen Ekonomi Türkiye: Kasım 2000-Şubat 2001 Krizinin Öğrettikleri", *Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, 16, 2006, s. 389.

⁷¹ Söz konusu vergilerin getirildiği dönemin de kapsamı içinde yer aldığı 1990-2004 yılları arasında faiz dışı fazlanın sağlanmasında en önemli pay vergi geliri artışı ile ilişkilendirilmektedir.; Haldun Darıcı, "Faiz Dışı Fazla Niçin Yeterli Olmuyor?", *Maliye Dergisi*, 146, 2004, s. 64.

⁷² Vergi Usul Kanunu Genel Tebliği Sıra No: 310; RG. 08.12.2002-24957.

ilkesinin, 2003 yılında ikinci kez alınan motorlu taşıtlar vergisi ile araç sahipleri aleyhinde ihlâl edildiği değerlendirilmesini, 2003 yılı matrahları üzerinden ek emlak vergisine tâbi tutulan bina, arsa ve arazi sahipleri için sürdürmemiştir⁷³.

Ek emlak vergisi kapsamında Mahkeme, 1319 sayılı Emlak Vergisi Kanunu'nda öngörülen istisna ve muafiyetlerin ek emlak vergisi için de söz konusu olduğundan bahisle vergi yükünün âdil ve dengeli dağılımının sağlanmaya çalışıldığı yönünde değerlendirmede bulunmuştur. Bu durum, söz konusu düzenlemenin Anayasa'ya aykırılığından bahisle iptali talebinin reddedilmesinde esas teşkil etmiştir.

c. Karar

Sayılan gerekçeler doğrultusunda Mahkeme 4837 sayılı Kanun ile öngörülen ek yükümlülüklerden ek motorlu taşıtlar vergisinin Anayasa'ya aykırılığından bahisle iptaline karar vermişken ek emlak vergisinin iptali talebini reddetmiştir.

Karar, malî güce göre vergilendirme ilkesine dayanarak servet unsurları üzerine getirilen iki ek vergiden birinin iptalini içermesi karşısında diğerinin iptal talebinin reddedilmesi yönüyle birçok karşı oy ortaya çıkmasında etkili olmuştur. Bu karşı oylarda, her iki ek yükümlülüğün de iptali gerektiğinin belirtilmesi karşısında ek motorlu taşıtlar vergisinin Anayasa'ya uygun olduğu da öne sürülmüştür. Bu tartışmalar kapsamında *altı* karşı oy ortaya çıkmıştır.

d. Karşı Oylar

Anayasa Mahkemesi'nin aynı gerekçe ile öngörülmüş, içinde bulunan takvim yılındaki vergi yükünü getirilen bir düzenleme ile artıran ve servet unsurları üzerinden alınan ek motorlu taşıtlar vergisi ve ek emlak vergisi düzenlemelerine ilişkin karşıt değerlendirmeleri, *yukarıda da belirtildiği üzere*, karşı oylarda da devam etmiştir.

Anayasa Mahkemesi üyeleri *Mustafa Bumin, Samia Akbulut ve Sacit Adalı*'ya ait ilk karşı oyda gerekçeli kararın aksine⁷⁴, getirilen düzenlemenin zaman bakımından uygulanmasına ilişkin tartışmaya yer verilmiştir. Bu bağlamda, 11.04.2003 tarihinde Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren düzenlemede motorlu taşıtlar vergisine tâbi taşıtların bir defaya

⁷³ Şehnaz Gerek / Ali Rıza Aydın, *Anayasa Yargısı ve Vergi Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, 2005, s. 86.

⁷⁴ AnyM, 23.07.2003 Tarihli ve E. 2003/48, K. 2003/76, (RG. 11.09.2004-25580, s. 6-8).

mahsus olmak üzere 2003 yılı için tahakkuk ettirilen tutar kadar ek motorlu taşıtlar vergisine tâbi tutulmasının *geçmişe yürüme* teşkil edip etmediği irdelenmiştir. Bu değerlendirmede Federal Alman Anayasa Mahkemesinin, vergilendirme dönemi içinde yürürlüğe giren düzenlemeler ile vergilendirme dönemi bittikten sonra yürürlüğe giren düzenlemeler arasında yarattığı ayırım üzerinde durulmuştur. Tahsilat sürecinin tamamlanmadığından bahisle vergilendirme dönemi sona ermeden getirildiği belirtilen bu normun; eski kanun döneminde tamamlanmış ve hukukî sonuçlarını doğurmuş bir hukukî durum, ilişki ve olaylara uygulanacak bir normun yürürlüğe girmesi olarak nitelendirilen⁷⁵ ve *hukuk devletine aykırılık taşıyan* gerçek geçmişe yürüme teşkil etmediği belirtilmiştir. İlgili karşı oyda ek motorlu taşıtlar vergisinin hukuk devleti bakımından ihlâl oluşturmadığının belirtilmesinin ardından, Kanun'un ekonomik çöküşün düzeltilmesi ve ekonominin istikrarlı bir yapıya kavuşturulması yönündeki gerekçeleri ele alınmıştır. Kararda ek motorlu taşıtlar vergisini hukuka uygun hale getirmeye yeterli görülmeyen bu gerekçeler, karşı oyda “*ekonomik kayıpların giderilmesi ve toplumsal dayanışmanın sağlanması için sosyal ve ekonomik koşulların zorunlu kıldığı durumlar*” olarak değerlendirilmiştir.

Anayasa Mahkemesi üyesi *Aysel Pekiner*'e ait olan dördüncü karşı oyda da gerçek olmayan geçmişe yürümeye ilişkin benzer tespitlere yer verilmiş ve ekonomik gereklilikler ile gerekçelendirilen ve malî gücün göstergelerinden biri olan servet unsuru teşkil eden taşıtlar üzerine ek motorlu taşıtlar vergisinin getirilmesinde kamu yararının var olduğu belirtilmiştir⁷⁶. Bu görüş ilk karşı oyda, Anayasa Mahkemesinin, getirilen benzeri ek yükümlülükler hakkında verilmiş ve bir önceki başlıkta irdelenmiş 28.03.2001 tarihli, Esas 1999/51, Karar 2001/63 sayılı kararı ile de desteklenmiştir.

Birinci ve dördüncü sıralarda yer alan karşı oyların aksine ikinci, üçüncü, beşinci ve altıncı sıralarda yer alan karşı oylarda ek motorlu taşıtlar vergisinin hukuka uygunluğundan ziyade 4837 sayılı Kanun'un 2'nci maddesinde düzenlenen ek emlak vergisi yükümlülüğünün Anayasa'ya aykırılığı tartışma konusu edilmiştir. Bu tartışmalarda, ek emlak vergisinin *kamu yararı* taşıyan bir gerekçesi olmaksızın vergilendirmede genellik, eşitlik ve malî güce göre vergilendirme ilkelerine aykırı biçimde geçmişe etkili bir düzenleme ile getirilmiş olması ele alınmıştır.

⁷⁵ Karakoç, *Genel Vergi*, s. 130.

⁷⁶ AnyM, 23.07.2003 Tarihli ve E. 2003/48, K. 2003/76, (RG. 11.09.2004-25580, s. 12, 13).

Anayasa Mahkemesi üyeleri *Fulya Kantarcıoğlu* ile *Ertuğrul Ersoy*'a ait, üçüncü sırada yer alan karşı oyda, olağanüstü dönem ve durumlarda kamu yararının gerektirdiği ölçüde anayasal vergilendirme ilkelerinden sapmanın söz konusu olabileceği; ancak, söz konusu ek yükümlülüklerin getirilme gerekçesi olan *faiz dışı fazla hedefinin gerçekleştirilmesinin* bu hallerden biri olarak nitelendirilemeyeceği belirtilmiştir⁷⁷. Bu yaklaşım beşinci sırada bulunan *Ahmet Akyalçın*'a ait karşı oyda da yer almış, buna ilâveten kararda ek motorlu taşıtlar vergisinin iptali sonucunda etkili olan bu nitelendirmenin aynı Kanun'un izleyen maddesinde düzenlenen ek emlak vergisi için de geçerli olacağına ve bu nitelendirmenin Kanun'un iki düzenlemesi için ayrıştırılmasının mümkün olmadığına da dikkat çekilmiştir⁷⁸.

Anayasa Mahkemesi üyesi *Ali Hüner*'e ait olan ikinci sırada yer alan karşı oy ile üçüncü sıradaki karşı oyda, 4837 sayılı Kanun ile getirilen düzenlemeler geçmişe yürüyen vergi kanunları olarak nitelendirilmiştir⁷⁹. Zira bu görüşe göre 03.04.2003 tarihli ve 4837 sayılı Kanun ile ikinci kez alınacağı düzenlenen ek yükümlülüğün 1319 sayılı Emlak Vergisi Kanunu'na göre 2003 yılı için gerçekleşmiş vergiyi doğuran olay üzerinden alınan vergiyi yeniden talep ederek hem geçmişe etkili bir uygulama yarattığı hem de çifte vergilendirmeye sebebiyet verdiği belirtilmiştir. Söz konusu düzenlemelerin yapılma gerekçesi de, yukarıda da belirtildiği üzere, geçmişe yürütülecek malî yükümlülükler getirilmesi için geçerli bir sebep olarak görülmüştür.

4837 sayılı Kanun'un ek emlak vergisi yükümlülüğünü düzenleyen 2'nci maddesinin Anayasa'ya aykırılığından hareketle iptal edilmesi gerektiğini savunan bu karşı oylarda yükümlülüklerin yalnızca servet unsurları üzerindeki vergi yükünü artıracak biçimde düzenlenmiş olmasının vergilendirmede genellik ve eşitlik ilkelerine aykırı olduğu da öne sürülmüştür. Her ne kadar Kanun Gerekçesinde malî gücün göstergelerinden biri olan *tüketim* üzerinden alınan dolaylı vergilerin vergi yükü içindeki ağırlığı sebebiyle ek yükümlülüklerin servet unsurları üzerinden alınan vergiler getirildiği belirtilmişse de vergi yükünün âdil dağılımına aykırılık ek motorlu taşıtlar vergisinin iptalinde etkili olmuştur. Bu durum, ek emlak vergisinin de iptali gerektiği yönünde görüş bildiren karşı oylara da yansımış ancak kararda karşılık bulamamıştır.

⁷⁷ AnyM, 23.07.2003 Tarihli ve E. 2003/48, K. 2003/76, (RG. 11.09.2004-25580, s. 10-12).

⁷⁸ AnyM, 23.07.2003 Tarihli ve E. 2003/48, K. 2003/76, (RG. 11.09.2004-25580, s. 14, 15).

⁷⁹ AnyM, 23.07.2003 Tarihli ve E. 2003/48, K. 2003/76, (RG. 11.09.2004-25580, s. 8-10).

Bunların yanı sıra ikinci karşı oyda, Türkiye’de sıklıkla çıkarılan *vergi afları* karşısında, önce 1999 sonrasında da 2003 yıllarında getirilen ek yükümlülükler ile vergisini ödeyen mükelleflerin yükünün artırılmasının vergi adaletine aykırılığına da dikkat çekilmiştir⁸⁰.

e. Değerlendirme

Anayasa Mahkemesine 4837 sayılı Kanun’da düzenlenen ek yükümlülüklerin iptali için yapılan başvuru neticesinde yalnızca ek motorlu taşıtlar vergisinin iptaline karar verilmiştir. Bu kararın karşısında karşı oylar ek motorlu taşıtlar vergisinin iptal edilmemesine ya da ek motorlu taşıtlar vergisi ile birlikte ek emlak vergisi düzenlemesinin de iptal edilmesine yönelik iki grupta toplanmıştır. Söz konusu yaklaşımlar; aynı şartlarda, aynı gerekçe ile getirilen ve aynı malî güç göstergesine dayanan iki düzenlemeden yalnızca birinin iptali yönünde alınan karara karşı makul görülmektedir. Zira aynı şartları taşıyan bu ek yükümlülüklerin getirilme gerekçesinde, incelenen bir önceki kararda olduğu gibi, *kamu yararının* varlığı tespiti ile her iki düzenlemenin de hukuka uygunluğuna ya da aksi yöndeki tespit ile her iki düzenlemenin de hukuka aykırılığına dair kararlar tartışmalı ancak tutarlı kararlar teşkil etmektedir. Bunun karşısında Mahkemenin ek yükümlülüklerden yalnızca birini hukuka uygun ya da yalnızca birini hukuka aykırı olarak nitelendirmiş olması, kendi içinde bir tutarsızlığa işaret etmektedir⁸¹.

Gerekçeli kararda, emlak vergisinin kendi içinde ödeme gücüne ulaşılabilmesini sağlayan mekanizmaları içeren bir servet vergisi olması ve ek emlak vergisi düzenlemesinde de bu mekanizmaların geçerli olduğunun belirtilmiş olması hukuka uygunluk için önemli bir etken teşkil etmiştir. Ek motorlu taşıtlar vergisi için ise bu nitelendirme sürdürülmemiştir. Bu durum ilgili dönemde % 59,0 olan yeniden değerlendirme oranına tâbi tutularak güncellenen motorlu taşıtlar vergisinin tekrar tahsilini düzenleyen ek motorlu taşıtlar vergisi ile motorlu taşıt sahiplerinin vergi yükünün artırıldığı belirtilmiştir.

Karşı oylarda, bir takvim yılı için gerçekleşmiş vergiyi doğuran olay üzerinden yeniden ek bir verginin alınmasının hukuka aykırılığı ya da kapanmamış bir vergilendirme dönemi için yapılan düzenlemelerin gerçek

⁸⁰ AnyM, 23.07.2003 Tarihli ve E. 2003/48, K. 2003/76, (RG. 11.09.2004-25580, s. 10).

⁸¹ Tekbaş, *Vergi Kanunlarının*, s. 318, 319; Fatih Saraçoğlu, *Anayasa Mahkemesinin Vergiye İlişkin Kararlarında Kamu Yararı*, Seçkin Yayıncılık, 2014, s. 132.

olmayan geçmişe yürüme olacağından bahisle hukuka uygun görülmesi yönlerine dikkat çekilirken 1999 Gölcük-Düzce depremleri sonrasında getirilen ek yükümlülüklerle ilişkin kararda olduğu gibi bu gerekçeli kararda da geçmişe etkili düzenleme tartışmasına yer verilmemiştir.

Karşı oylarda geçmişe etkili kanun tartışmasının etraflıca gerçekleştirilmiş olması, Anayasa Mahkemesinin yaptığı incelemede geçmişe etkili kanun tartışmasını gerekçeli karara yansıtmadan gerçekleştirmiş olduğu kanısını uyandırmaktadır. Mahkeme, hakkında hukukî belirlilik ve dolayısıyla hukuk devleti ilkesi bakımından bir sakınca görmediği bu düzenlemeleri, anayasal vergilendirme ilkeleri bağlamında ele almıştır. Bunun neticesinde de barındırdığı istisna, muafiyet ve indirim hükümleri ile malî güce göre vergilendirme ilkesini gerçekleştirmeye çalışan emlak vergisi üzerinden hesaplanan ek emlak vergisini hukuka uygun görmüştür. Bunun karşısında Mahkeme, ilgili dönemde yeniden değerlendirme oranı uygulanmak suretiyle güncellenen motorlu taşıtlar vergisi üzerinden hesaplanan ek motorlu taşıtlar vergisinin vergi yükünün âdil, ölçülü ve eşit dağılımını engelleyerek anayasal vergilendirme ilkelerini ihlâl ettiği kanaatine varmıştır.

Mahkeme, ek motorlu taşıtlar vergisinin vergilendirme ilkelerini ihlâl eden bir düzenleme teşkil ettiği tespitinin ardından söz konusu düzenlemede kamu yararının var olup olmadığı incelemesini gerçekleştirmiştir. Bu durum kaynağını Mahkemenin, Devlet'in doğrudan egemenlik gücünden doğan vergilendirme yetkisini⁸² kullanırken, *olağanüstü bir durumdan kaynaklanan kamu yararının* varlığı halinde anayasal vergilendirme ilkelerine ilişkin birtakım aykırılıkları bu kamu yararı ile gerekçelendirme yönündeki anlayıştan almaktadır⁸³.

⁸² Nami Çağan, *Vergilendirme Yetkisi*, Kazancı Hukuk Yayınları, 1982, s. 3, 4; Jean Bodin, (Çeviren: M.J. Tooley), *Six Books of the Commonwealth*, Basil Blackwell Oxford, 1967, s. 41, 42; Yılmaz Furtuna, s. 435.

⁸³ AnyM, 07.11.1989 Tarihli ve E. 1989/6, K. 1989/42, (RG. 06.04.1990-20484, s. 16, 17); "Ayrıklık koşulları bir yana bırakıldığında, genel kural, geriye yürümezliğin her yasa için egemen bir özellik olduğudur. Zorunlu nedenlerle (örneğin kamu yararı gibi) geriye yürüme durumunda önceki etkileme söz konusu olabilir."; AnyM, 26.01.2012 Tarihli ve E. 2011/74, K. 2012/15, (RG. 21.07.2012-28360, s. 3); "Hukuk devletinin sağlamakla yükümlü olduğu hukuk güvenliği, ilke olarak kanunların geriye yürütülmemesini gerekli kılar. Bu ilke uyarınca, kamu yararı, kamu düzeni, kazanılmış hakların korunması, mali haklarda iyileştirme gibi kimi ayrık durumlar dışında sonradan çıkan bir kanun yürürlüğe girdiği tarihten önceki olaylara uygulanmaz. Vergi alanındaki düzenlemeler de kanunlarla gerçekleştirildiğinden, geriye yürümezlik vergi kanunları için de doğal bir zorunluluktur."; Nami Çağan, "Demokratik Sosyal Hukuk Devletinde Vergilendirme", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 37(1), 1980, s. 150; Mualla Öncel / Ahmet Kumrulu / Nami Çağan / Cenker Göker, *Vergi*

İlgili karşılaştırma, Anayasa Mahkemesinin *kamu yararı* ölçütüne ilişkin değerlendirmesine de ışık tutmaktadır. Anayasa'nın hukuk devletini güvence altına alan 2'nci maddesi, kanunî düzenlemelerin yapılmasında ve bu düzenlemelerin hukuka uygunluğunun denetiminde *kamu yararının* esas alınmasını beraberinde getirmektedir⁸⁴. Bireysel menfaatlerden ayrı ve bunlardan üstün toplumsal faydayı ifade eden kamu yararı müessesesi⁸⁵; bu çalışmada yer alan kararların yanında hem vergilendirmeye⁸⁶ hem de diğer alanlara ilişkin Mahkeme değerlendirmeleri⁸⁷ ile çoğaltılabilecek örneklerden anlaşılabilceği üzere, Anayasa Mahkemesince her somut olayda ya da her hukukî düzenlemede ayrı ayrı incelenmektedir. Bu nedenle de farklı dönemlerde getirilen benzer malî yükümlülükler için, özellikle de bu düzenlemelerin altında yatan sebeplere bağlı olarak Mahkemenin farklı değerlendirmelerde bulunması olağan görülmektedir.

Mahkeme, büyük çapta zarara sebep olmuş deprem felaketini izleyen dönemde, ek gelir arayışı ile ek yükümlülüklerin getirilmesinde kamu yararı olduğunu ortaya koyarken, ekonomik göstergelerin iyileştirilmesi amacını kamu yararı için yeterli görmemiştir. Bu değerlendirme de benzer düzenlemeler için farklı dönemlerde farklı kararların ortaya çıkmasında etkili olmuştur.

Hukuku, Gözden Geçirilmiş Güncelleştirilmiş 32. Bası, Turhan Kitabevi, 2023, s. 64/ dn. 35; Saraçoğlu, s. 123, 126, 131.

⁸⁴ AnyM, 24.12.2019 Tarihli ve E.2018/138, K.2019/94, (RG. 12.02.2020-31037, § 7).

⁸⁵ AnyM, 24.12.2019 Tarihli ve E.2018/138, K.2019/94, (RG. 12.02.2020-31037, § 7).

⁸⁶ 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'na 7394 sayılı Kanun ile eklenen, geçici 34. maddenin birinci fıkrasının "***Bu fıkra da belirtilen ceza indiriminden faydalanabilmek için vergi mahkemesinde dava açılmaması, açılmışsa feragat edilmesi, kanun yollarına başvurulmaması veya başvurulmuşsa vazgeçilmesi şarttır.***" ibaresini içeren ikinci cümlesinin iptali talebinin değerlendirildiği, AnyM, 28.09.2022 Tarihli ve E.2022/59, K.2022/111, (RG. 23.03.2023-32141); Vergi Usul Kanunu'nun teminat uygulamasını düzenleyen 153/A maddesinin iptali talebinin değerlendirildiği, AnyM, 22.03.2023 Tarihli ve E.2022/108, K.2023/55, (RG. 22.03.2023-32254); Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un 58. maddesinin beşinci fıkrasında düzenlenen, ödeme emrine itiraz halinde öngörülen haksız çıkma tazminatının iptali talebinin değerlendirildiği, AnyM, 21.04.2022 Tarihli ve E.2021/119, K.2022/48, (RG. 02.08.2022-31911).

⁸⁷ AnyM, 24.12.2019 Tarihli ve E.2018/138, K.2019/94, (RG. 12.02.2020-31037); AnyM, 13.09.2023 Tarihli ve E.2021/47, K.2023/151, (RG. 01.11.2023-32356); AnyM, 26.07.2023 Tarihli E.2022/128, K.2023/136, (RG. 19.10.2023-32344); AnyM, 13.07.2023 Tarihli ve E.2022/116, K.2023/126, (RG. 19.10.2023-32344); AnyM, 01.06.2023 Tarihli ve E.2021/5, K.2023/109, (RG. 18.10.2023-32343)

4. Ekonomik Nedenlerle 4962 Sayılı Kanun ile Getirilen Taşıt Vergisine İlişkin Anayasa Mahkemesi Kararı

a. Genel Olarak

Anayasa Mahkemesinin 4837 sayılı Kanun'un ek motorlu taşıtlar vergisini düzenleyen 1'inci maddesini, 23.07.2003 tarihli ve E. 2003/48, K. 2003/76 sayılı kararı ile iptal etmesi üzerine, 4962 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması ve Vakıflara Vergi Muafiyeti Tanınması Hakkında Kanun'un 21'inci maddesi ile yeniden ek motorlu taşıtlar vergisi düzenlenmiştir. 4962 sayılı Kanun kapsamında getirilen ek motorlu taşıtlar vergisinin kapsamı ilkinde göre genişletilmiş, yükümlülüğün kapsamına Kanun'un yayımı tarihinden itibaren 31.12.2003'e kadar ilgili sicillere ilk defa kayıt ve tescil edilecek olan taşıtlar da alınmıştır.

İptal üzerine yeniden ek motorlu taşıtlar vergisi yükümlülüğü getirilmesinde, 4837 sayılı Kanun'da düzenlenen ek motorlu taşıtlar vergisi düzenlemesinin iptal sebebinin "*Kanun'un yürürlük tarihi olan 11 Nisan 2003'e kadar ilgili sicillere kayıtlı taşıtların verginin konusunu teşkil etmesi karşısında, bu tarihten sonra sicillere kaydı yapılacak taşıtlardan ek motorlu taşıtlar vergisi alınmaması hususunun eşitsizlik yarattığı kanaati*" olduğuna dair görüş etkili olmuştur⁸⁸. Bu kanaat üzerine düzenlemenin kapsamı süre bakımından genişletilmiş ve 2003 yılı için ek motorlu taşıtlar vergisi *taşıtlar vergisi* olarak Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması ve Vakıflara Vergi Muafiyeti Tanınması Hakkında Kanun Tasarısı'nın TBMM Genel Kurulundaki görüşmesi esnasında bu tasarıya 21'inci madde olarak eklenmiştir. Bu durum Genel Kurulda tartışmalara neden olmuş olsa da taşıtlar vergisine ilişkin düzenleme kabul edilerek kanunlaşmıştır.⁸⁹

4962 sayılı Kanun ile düzenlenen *taşıtlar vergisinin* de iptali için Anayasa Mahkemesi'ne başvuruda bulunulmuştur. Mahkemenin 07.10.2003 tarihli ve E. 2003/73, K. 2003/86 sayılı kararında incelediği bu başvuruda, ilgili

⁸⁸ Dönemin Maliye Bakanı Kemal Unakıtan'ın bu konuya ilişkin açıklamaları için bakınız.: NTV, "Maliye Bakanı Unakıtan ek taşıtlar vergisi konusunda NTV'den Celal Pir'in Sorularını Yanıtladı", 24.07.2003, <<http://arsiv.ntv.com.tr/news/225936.asp>>, Erişim Tarihi 13 Aralık 2023; BigPara Hürriyet, "Ek Vergi Genişleyip Geliyor", 25.07.2003, <https://bigpara.hurriyet.com.tr/haberler/ekonomi-haberleri/ek-vergi-genisleyip-geliyor_ID462109/>, Erişim Tarihi 13 Aralık 2023.

⁸⁹ T.B.M.M. Tutanak Dergisi, Dönem: 22, Cilt: 25, Yasama Yılı: 1, 112'nci Birleşim, 29.07.2003, s. 89-91, <<https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d22/c025/tbmm22025112.pdf>>, Erişim Tarihi 11 Ekim 2023.

hükümlerin Anayasa'nın, Türkiye Cumhuriyeti'nin sosyal bir hukuk devleti olduğunu belirten 2'nci maddesine, kanun önünde eşitliği düzenleyen 10'uncu maddesine, Anayasa'nın bağlayıcılığını düzenleyen 11'inci maddesine ve vergi ödevini düzenleyen 73'üncü maddesine aykırı olduğu öne sürülmüştür.

b. Anayasa Mahkemesinin Değerlendirmesi

Anayasa Mahkemesi iptal başvurusu üzerine yaptığı incelemede hukuk devleti ilkesi ve bu ilkeyi vergilendirme alanında somutlaştıran anayasal vergilendirme ilkelerine ilişkin tanımlamalarda bulunmuştur. Mahkeme, Anayasa ile güvence altına alınan bu ilkelerden *“beklenmedik doğal felaketler, savaş ve seferberlik hali, siyasi, ekonomik ve sosyal krizler gibi toplumu temelden sarsabilecek olaylar nedeniyle”* sapmanın mümkün olduğunu ancak bunun dışında kalan durumlarda sayılan ilkelere uyulmamasının sosyal hukuk devleti ile bağdaşmayacağını belirtmiştir. Mahkeme, taşıt vergisinin *“ek motorlu taşıtlar vergisinin iptali nedeniyle ortaya çıkan ve uygulanmakta olan ekonomik program hedeflerini tehlikeye düşüren gelir kaybının telafisi”* yönündeki gerekçesini, anayasal vergilendirme ilkelerinin ihlâlini gerekli kılan bir sebep olarak kabul etmemiştir.

c. Karar

Bu açıklamalar neticesinde Mahkeme, malî güce göre vergilendirme ilkesini ihlâl eden ve olağanüstü bir durumun gerektirmediği halde ikinci defa getirilen bu malî yükümlülüğün Anayasa'ya aykırılığından bahisle iptaline karar vermiştir. Söz konusu iptal kararında, hukuk devleti, eşitlik ve malî güce göre vergilendirme ilkelerine aykırılık etkili olmuştur.

d. Karşı Oy ve Ek Gerekçe

Söz konusu kararın Anayasa Mahkemesi üyeleri *Mustafa Bumin, Haşim Kılıç, Yaşar Acargün ve Sacit Adalı*'ya ait karşı oyu, *“kanun koyucunun eşitlik ilkesinin ihlâlini ortadan kaldırma”* gerekçesi ile yaptığı değişikliğin, yalnızca bu kısım için iptal nedeni taşıdığı tartışmasına yönelmiştir⁹⁰. Karşı oyda, taşıt vergisine esas oluşturan motorlu taşıtlar vergisi düzenlemelerine göre mükellefiyetin yılın son altı ayı içinde yeni kayıt ve tescil edilen taşıtlarda bu dönemin başından itibaren başlaması karşısında, *taşıtlar vergisinin* Kanun'un yayım tarihi olan 07.08.2003'ten sonra ilgili sicillere kaydedilen taşıtlardan yılın ilk altı ayını da kapsayacak biçimde alınmasının vergi adaleti

⁹⁰ AnyM, 07.10.2003 Tarihli ve E. 2003/73, K. 2003/86, (RG. 20.12.2005-26029, s. 6, 7).

ile bağdaşmadığı üzerinde durulmuştur. Bu nedenle karşı oyda ilgili bölümün iptali, kalan bölümlerin iptali isteminin ise reddi gerektiği savunulmuştur.

Gereççeli kararda Mahkeme daha önce iptaline karar verilen bir düzenlemenin Mahkemenin kararını etkisiz ya da sonuçsuz bırakacak biçimde yeniden düzenlenmesi durumuna değinmemişken; kararın Anayasa Mahkemesi üyesi *Fulya Kantarcıoğlu*'na ait ek gerekçesinde bu tartışmaya da yer verilmiştir⁹¹. Bu bağlamda ek gerekçede, 4837 sayılı Kanun'da yer alan ek motorlu taşıtlar vergisinin Anayasa Mahkemesince iptaline karar verilmesi karşısında 4962 sayılı Kanun'da *taşıtlar vergisi* adı altında yeniden kanunlaştırılmasının, Anayasa'nın 153'üncü maddesinde yer alan Anayasa Mahkemesi kararlarının yasama, yürüme ve yargı organlarını bağladığına ilişkin düzenlemeyi de ihlâl ettiği öne sürülmüştür. Bu doğrultuda, kararda belirtilen Anayasa'nın 2'nci, 10'uncu ve 73'üncü maddelerinin yanı sıra 153'üncü maddeye ilişkin olarak da anayasaya aykırılığın söz konusu olduğu belirtilmiştir.

e. Değerlendirme

4837 sayılı Kanun'da düzenlenen ek motorlu taşıtlar vergisinin anayasaya aykırılığına ilişkin tespitler, 4962 sayılı Kanun ile öngörülen taşıtlar vergisi bakımından da geçerliliğini sürdürmektedir. Ancak bu tespitlerin yanında kararın ek gerekçesinde yer alan değerlendirmeye değinmek gerekmektedir.

Anayasa Mahkemesi kararlarının bağlayıcılığına ilişkin bahsi geçen bu tespitin gereççeli karar içinde tartışılması yargı kararları, özellikle de Anayasa Mahkemesi kararlarının kesinliğinin ve bağlayıcılığının somutlaştırılması ve kuvvetler ayrılığı ilkesi içindeki işlevinin⁹² açıklanması bakımından önem

⁹¹ AnyM, 07.10.2003 Tarihli ve E. 2003/73, K. 2003/86, (RG. 20.12.2005-26029, s. 7).

⁹² Anayasa yargısının meşruiyeti ve fonksiyonel ve kurumsal kuvvetler ayrılığı ilkeleri bağlamında kanunların anayasaya uygunluğu denetimi yetkisinin kapsamı ve sınırlarına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz.; Türker Ertaş, *Kuvvetler Ayrılığı İlkesi Bağlamında Yasama Yürütme ve Yargı Organları Arasındaki Modern İlişkiler*, 4. Bası, Seçkin Yayıncılık, 2024, s. 83, 84, 375, 376, 427, 428.; Tekbaş, kuvvetler ayrılığı, vergi kanunlarına yönelik anayasa yargısı ve hukuk devleti arasındaki ilişkiyi "*Kuvvetler ayrılığı ilkesi çerçevesinde, vergilerin konulması, uygulanması ve denetlenmesi yetki ve görevlerinin değişik organlara verilmesi, ..., yasama organınca çıkarılan vergi kanunlarının anayasa yargısına denetimine tabi tutulması şeklinde anayasalarda düzenlenen esaslar; hukuk devleti anlayışının anayasalara yansımalarının sonuçlarıdır.*" ifadeleri ile ortaya koymuştur; Abdullah Tekbaş, "Vergi Kanunlarının Tabi Olduğu Anayasal İlkeler", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 12(Özel S.), 2010, s. 125, 126.

taşımaktadır⁹³. Anayasa Mahkemesi kararlarının kesinliği ve bağlayıcılığı Anayasa'nın 153'üncü maddesinin 1'inci fıkrasında yer alan "*Anayasa Mahkemesinin kararları kesindir.*" hükmü ve 6'ncı fıkrasında yer alan "*Anayasa Mahkemesi kararları Resmî Gazetede hemen yayımlanır ve yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını, gerçek ve tüzelkişileri bağlar.*" hükmü ile düzenlenmektedir. Bu bağlamda, bir kanun hükmünün iptali yönündeki Anayasa Mahkemesi kararı şekli anlamda kesin olduğu gibi herkes için hüküm ve sonuç doğurması nedeniyle maddi anlamda da kesin ve bağlayıcıdır⁹⁴ ve "*yasama organının iptal edilen kanunla özdeş bir düzenleme yapmaması gerekmektedir*"⁹⁵.

4962 sayılı Kanun ile yapılan yeni düzenleme yalnızca mükellefiyet kapsamının süre bakımından genişletilmesine yönelmektedir. İlgili yeni düzenlemede mükellefiyet kapsamının süre bakımından genişletilmesi ile sınırlı değişiklik, Mahkemenin önceki düzenlemeye ilişkin iptal kararını etkisiz ve sonuçsuz hale getirme yönündeki iradeyi ortadan kaldırmaya yetmemektedir. Bu durum, yasama organını da kapsayan Anayasa Mahkemesi kararlarının bağlayıcılığı ilkesine aykırılık teşkil etmektedir⁹⁶. Bu sonucun ortaya çıkmasında, Mahkemenin 4837 sayılı Kanun'da düzenlenen ek motorlu taşıtlar vergisine ilişkin iptal kararındaki tutarsız ve yetersiz gerekçelerinin de etkisi bulunmaktadır⁹⁷.

Anayasa Mahkemesinin iptal kararlarının bağlayıcılığına ilişkin bu

⁹³ Anayasa Mahkemesi önceki tarihli kararlarında "*Anayasa Mahkemesi'nin [...] kararı göz önüne alınmadan ve Anayasa'nın 153. maddesinin öngördüğü Anayasa Mahkemesi kararlarının bağlayıcılığı ilkesine uyulmadan yasalaştırılması karşısında Anayasa'nın öteki maddelerine aykırılık yönünden ayrıca incelenmesine gerek görülmeden iptali gerekir.*" ifadeleri ile yeniden yasalaştırmaya ilişkin müeyyideyi keskin bir biçimde uygulaması karşısında, *taşıtlar vergisine ilişkin değerlendirilmesinde bu hususa gerekçeli kararında değinmemiştir. İlgili karar; AnyM, 17.10.1996 Tarihli E. 1996/4, K. 1996/39, (RG. 08.01.1997-22871); Ayrıntılı bilgi için bkz.; Ulaş Karan, Öğretide ve Uygulamada Anayasa Mahkemesi Kararlarının Bağlayıcılığı ve İcrası, On İki Levha Yayıncılık, 2018, s. 145.*

⁹⁴ Onur Sır, *Hukuk Devleti Açısından Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Denetimi*, Adalet Yayınevi, 2011, s. 368, 369.; AnyM, 12.12.1991 Tarihli ve E. 1991/27, K. 1991/50, (RG. 29.01.1992-21126, s. 12); "*Anayasa Mahkemesi'nin yerleşik kararlarında da belirttiği gibi bağlayıcılık, kararların sonucu kadar gerekçeleri yönünden de geçerlidir. Bu nedenle yasakoyucunun aynı konuda çıkaracağı yeni yasada Anayasa Mahkemesi kararının sonucu ile birlikte gerekçesini de gözönünde bulundurması gerekmektedir.*"

⁹⁵ Tekbaş, *Vergi Kanunlarının*, s. 441.

⁹⁶ Zira karar gerekçeleri de Anayasa Mahkemesi kararlarının bağlayıcılığı ilkesinin bir yönünü teşkil etmektedir.; Sır, 2011, s. 373.

⁹⁷ Tekbaş, *Vergi Kanunlarının*, s. 441.

değerlendirmenin yanı sıra Mahkemenin ekonomik amaçla getirilmiş ek yükümlülükleri, doğal afetler gibi olağanüstü durumlarda getirilen ek yükümlülüklerden farklılaştırdığı içtihadını bu karar ile pekiştirdiğini söylemek mümkündür. 4837 sayılı Kanun'da yer alan ek emlak vergisine ilişkin düzenlemelere ilişkin Anayasa'ya uygunluk kararı dışarıda bırakıldığında, verginin *kamu yararı olmaksızın* ikinci kez tahakkuk ve tahsili ile malî güce göre vergilendirmenin dışına çıkıldığı ve vergi yükünün bazı mükellefler aleyhine ağırlaştırıldığı Mahkemece ortaya konulmuştur.

4837 sayılı ve 4962 sayılı Kanunlar ile 2003 yılı için getirilen ek motorlu taşıtlar vergisinin Anayasa Mahkemesinin açıklanan bu iki kararı ile iptali üzerine, iptal kararlarından önce yapılan ödemelerin ne olacağına ilişkin olarak uygulamada geniş çaplı bir tartışma ortaya çıkmıştır. Özellikle Mahkemenin konuya ilişkin ilk kararını takip eden süreçte Maliye Bakanlığı yetkilileri Anayasa Mahkemesinin iptal kararlarının geleceğe etkili biçimde sonuç doğurması karşısında tahsil edilen vergilerin iade edilmesinin mümkün olmadığına ilişkin açıklamalarda bulunmuştur⁹⁸. Ancak konuya ilişkin ikinci iptal kararının ardından Maliye Bakanlığı ödenen ek motorlu taşıtlar vergisinin mahsubuna ilişkin çalışmalara başlamıştır. Bu çalışmalar neticesinde, 197 sayılı Motorlu Taşıtlar Vergisi Kanunu'na 5035 sayılı Kanun⁹⁹ ile eklenen Geçici Madde 4 hükmü ile bu tartışmaya bir son verilmiştir. Geçici Madde 4, ek motorlu taşıtlar vergisi ile taşıt vergisini ödeyen ve bu ödemeleri mahsup ve iade edilmemiş mükelleflerin ödediği tutarların 2004 yılı için tahakkuk edecek olan motorlu taşıtlar vergisinden mahsup edileceğini; mahsup edilemeyen tutarların ise mükellefin talebi ile iade edileceğini düzenlemiştir. Hükümde ödeme zamanlarında ödenmemiş bu vergilerin de terkin edileceği belirtilmiştir.

C. 6 Şubat 2023 Kahramanmaraş Depremleri Sonrasında 7456

⁹⁸ BigPara Hürriyet, "Ek Motorlu Taşıtlar Vergisi İptal", 24.07.2003; <https://bigpara.hurriyet.com.tr/haberler/genel-haberler/ek-motorlu-tasitlar-vergisi-iptal_ID461945/>, Erişim Tarihi 11 Aralık 2023.

⁹⁹ 5035 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun; RG. 02.01.2004-25334 (Mükerrer).

Sayıllı Kanun ile Getirilen Ek Motorlu Taşıtlar Vergisine İlişkin Anayasa Mahkemesi Kararı

1. Genel Olarak

Daha önce de belirtildiği üzere, 6 Şubat 2023 tarihinde gerçekleşen depremlerin ardından ortaya çıkan malî ihtiyaçların giderilmesi için içinde ek motorlu taşıtlar vergisinin de bulunduğu birtakım malî yükümlülükler getirilmiştir. 7456 sayılı Kanun'da düzenlenen ek motorlu taşıtlar vergisinin kamu yararı bulunmaksızın yalnızca kaynak arayışı sonucunda ortaya çıktığı belirtilerek kanunların geçmişe yürütülmemesi ve malî güce göre vergilendirme ilkelerine aykırı olmasından bahisle, iptali için Anayasa Mahkemesine başvurulmuştur. Mahkemenin 28.09.2023 tarihli ve E. 2023/131, K. 2023/160 sayılı kararında incelediği başvuruda, ek motorlu taşıtlar vergisi yükümlülüğünün motorlu taşıtlar vergisi mükelleflerine aşırı külfet yüklediği, bu külfetin ölçülülük ilkesini ve mülkiyet hakkını ihlâl ettiği belirtilmiştir. Bu sayılanların yanında ek gerekçede Anayasa Mahkemesinin aynı konudaki önceki iptal kararları dikkate alınmadan düzenleme yapılmış olduğu belirtilerek bu düzenlemelerin Anayasa'nın üstünlüğü ve kuvvetler ayrılığı ilkesine aykırılık taşıdığı da iddia edilmiştir.

2. Anayasa Mahkemesinin Değerlendirmesi

Anayasa Mahkemesi 7456 sayılı Kanun'da düzenlenen ek motorlu taşıtlar vergisinin iptali için yapılan başvuru üzerine gerçekleştirdiği incelemede öncelikle verginin malî güce göre alınması ve genelliği ilkelerinin vergilendirmede eşitlik ve adalet ilkeleri ile doğrudan ilişkisini ortaya koymuş ve bu ilkelere ilişkin tanımlamalarda bulunmuştur. Bu ilkelere ilişkin açıklamaların ardından mülkiyet hakkına da değinmiştir. Mahkeme yargılamada dikkate alacağı anayasal ilke ve müesseseleri bu şekilde ortaya koyduktan sonra ek yükümlülüklerle ilişkin önceki tarihli kararlarını özetlemiştir. Mahkeme bu kararlar bakımından *olağanüstü şartların zorunlu kıldığı durumlar* değerlendirmesi neticesinde ulaştığı farklı sonuçlar üzerinde durmuştur.

Mahkeme her vergi düzenlemesi gibi ek motorlu taşıtlar vergisinin de mülkiyet hakkına yönelik bir sınırlama taşıdığını ortaya koyarak bu hakka ilişkin sınırlamanın Anayasa'da öngörölmüş olan *kamu yararı* nedenine uygun olarak, ölçülü biçimde ve kanunla gerçekleştirilebileceğini belirtmiştir. Bu bağlamda Mahkeme, hukuk devleti ile birlikte okuduğu kanunilik ilkesinin bir gereği olarak keyfiliği engelleyecek biçimde belirli, ulaşılabilir

ve öngörülebilir bir kanunî düzenleme gerekliliğine de değinmiştir. Mahkeme ek motorlu taşıtlar vergisine ilişkin düzenlemelerde bu vergi kapsamındaki taşıtlar ve ödenecek verginin hesaplanması ile ilgili hükümlerin açık, anlaşılabilir ve *öngörülebilir* olduğundan bahisle kanunilik bakımından bir aykırılık bulunmadığını belirtmiştir.

Mahkeme, mülkiyet hakkının sınırlandırılmasını Anayasa'ya uygun hale getiren diğer ölçüt olan kamu yararının varlığına ilişkin denetim için, diğer kararlarda da olduğu gibi Kanun Gereğesine başvurmuştur. Gereğede¹⁰⁰ 6 Şubat 2023 tarihinde gerçekleşen depremler neticesinde ortaya çıkan finansman ihtiyacının karşılanması nedeniyle öngörülen ek yükümlülükler, “*deprem gibi olağanüstü hadiseler nedeniyle oluşan kayıpların giderilmesi ve toplumsal dayanışmanın sağlanması*”¹⁰¹ yönündeki önceki kararlar ile uyumlu olarak nitelendirilmiştir. Mahkeme 6 Şubat'ta meydana gelen depremlerin şiddeti ve ortaya çıkardığı yıkımın büyüklüğü de dikkate alındığında ilgili malî yükümlülük ile kamu yararına yönelik meşru amacın daha belirgin hale geldiğini belirtmiştir.

Mahkeme deprem gibi olağanüstü olaylar üzerine getirilen ek yükümlülüklerde kamu yararının bulunduğuna ilişkin içtihadını bu şekilde tekrar ederken, yukarıda irdelenen 4481 ve 4837 sayılı Kanunlarda düzenlenen ek yükümlülüklerle de değinmiştir. Bu kapsamda 7456 sayılı Kanun'da düzenlenen ek motorlu taşıtlar vergisinin getirilme amacının 4481 sayılı Kanun'da düzenlenen ek motorlu taşıtlar vergisi ile örtüşürken 4837 sayılı Kanun'da düzenlenen ve Mahkemece iptal edilen ek motorlu taşıtlar vergisinden ayrıldığına dikkat çekmiştir.

Bu tespitlerinin ardından Mahkeme, Anayasa'nın 13'üncü maddesi doğrultusunda temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasında gözetilmesi gereken *ölçülülük ilkesi* bakımından bir değerlendirme yapmıştır. Ölçülülük ilkesinin unsurları olan *elverişlilik*, *gereklik* ve *orantılılık* niteliklerini söz konusu düzenleme için ayrı ayrı ele alan Mahkeme, 7456 sayılı Kanun ile

¹⁰⁰ 06/02/2023 Tarihinde Meydana Gelen Depremlerin Yol Açtığı Ekonomik Kayıpların Telifisi için Ek Motorlu Taşıtlar Vergisi İhdası ile Bazı Kanunlarda ve 375 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Teklifi ile Plan ve Bütçe Komisyonu Raporu 2/1264), Yasama Dönemi: 28, Yasama Yılı: 1, Sıra Sayısı: 33, <<https://cdn.tbmm.gov.tr/KKBSPublicFile/D28/Y1/T2/DosyaKomisyonRaporunuVerdi/5b18df5f-6a85-4771-b13c-76a5e4701241.pdf>>, Erişim Tarihi: 15 Aralık 2023.

¹⁰¹ AnyM, 28.09.2023 Tarihli ve E. 2023/131, K. 2023/160, (RG. 06.10.2023-32331, § 20, s. 5, 6).

öngörülen ek motorlu taşıtlar vergisinin, deprem neticesinde ortaya çıkan kamu finansman ihtiyacını karşılamaya yönelik elverişli bir araç olduğunu belirtmiştir. Gereklilik kriterine ilişkin yaptığı incelemede vergilendirme yetkisinin devletin takdir yetkisinin geniş olduğu alanlardan biri olduğuna ilişkin tespiti doğrultusunda hareket etmiştir. Buna bağlı olarak Mahkeme, depremin yol açtığı ekonomik kayıpların giderilmesinde de devletin malî kaynak arayışını mevcut vergileri artırma ya da yeni bir vergi ihdas etme yoluyla gidermekte takdir yetkisinin bulunduğunu ve bu doğrultuda ek motorlu taşıtlar vergisine ilişkin düzenlemenin gereklik kriterini taşıdığını belirtmiştir.

Anayasa Mahkemesi ölçülülük değerlendirmesinde *orantılılık* kriterini ele alırken, getirilen ek vergi yükümlülüğünün istisna ve muafiyet hükümleri ile ödemeye ilişkin kolaylıklarını göz önünde bulundurmıştır. Vergi matrahının tespitinde aracın değerinin dikkate alınması ile mükelleflerin ödeme güçlerinin dikkate alındığını belirtmiştir. Bunun yanında, ek motorlu taşıtlar vergisi düzenlemesinde, depremde yıkılan ya da ağır veya orta hasarlı hale gelen binaların sahiplerine ait taşıtların; depremde ağır hasar görek kullanılamaz hale gelen taşıtlar ile depremde eşi veya birinci derece kan hısımlarını kaybeden mükelleflere ait taşıtların vergilendirmenin dışında tutulduğuna dikkat çekmiştir. Mahkeme matrahın tespitinde ödeme gücünün dikkate alınmasını; ek yükümlülüğün getirilmesine neden olan felaketten etkilenen mükelleflerin vergilendirmenin dışında tutulmasını ve ödemenin taksitlendirme yoluyla kolaylaştırılmasını mülkiyet hakkına getirilen sınırlama ile ulaşılmak istenen amaç arasında makul bir dengenin gözetilmesi olarak yorumlamıştır. Nihayetinde de Mahkeme tutar olarak yüksek bulmadığını belirttiği ek motorlu taşıtlar vergisinin, sayılan nitelikleri neticesinde *orantılı* bir sınırlama olduğu kanaatine ulaşmıştır.

Bir sonraki inceleme Anayasa'nın 73'üncü maddesinde gözetilen *malî güce göre vergilendirme ilkesi* boyutunda gerçekleştirilmiştir. Bu bağlamda Mahkeme taşıtların bir servet unsuru olduğundan bahisle kişilerin malî gücünün göstergesi olarak ele alınacağını belirtmiştir. *Orantılılık* değerlendirmesinde olduğu gibi, ödenecek ek motorlu taşıtlar vergisi için esas alınan motorlu taşıtlar vergisinin hesaplanmasında taşıtların yaşının, motor silindir hacminin, ağırlığının veya oturma yeri gibi unsurların dikkate alınması, Mahkemenin malî güce göre vergilendirmenin gerçekleştiği kanaatine varmasını sağlamıştır. Aynı zamanda verginin getirilme sebebi olan depremden zarar gören mükellefler için birtakım istisnalara yer verilmiş

olması da düzenlemenin malî güce vergilendirme, vergi yükünün âdil dağılımı ve eşitlik ilkelerine de uygun görülmesinde etkili olmuştur.

3. Karar

Açıklanan incelemeler neticesinde Mahkeme, 7456 sayılı Kanun'da düzenlenen ek motorlu taşıtlar vergisi için daha önce ek vergiler konusunda verdiği kararlar ile oluşturduğu içtihadından ayrılmayı gerektiren bir neden olmadığını belirtmiş ve iptal talebinin reddine oybirliğiyle karar vermiştir. Mahkemenin bu yorumu, *elverişlilik*, *gereklilik* ve *orantılılık* niteliklerini sağlaması halinde, deprem gibi olağanüstü olaylarda ek yükümlülüklerin getirilmesi hususunda bir içtihadı ulaştığını ortaya koymaktadır. Bu içtihat, ölçülülük ilkesine uygun bir ek yükümlülüğün olağanüstü olayları takip eden dönemlerde kamu yararı gerekçesiyle hukuka uygun görülmesi karşısında ekonomik darboğazların aşılması için getirilmesi halinde Anayasa'ya uygun olmadığı şeklinde özetlenebilmektedir. İzleyen süreçlerde ek yükümlülüklerin getirilmesi halinde, bu içtihat Mahkemenin önüne gelecek bir iptal başvurusunda alacağı karara ilişkin bir çerçeve ortaya koymaktadır.

Mahkeme bu yönde geliştirdiği içtihadı doğrultusunda, 7456 sayılı Kanun'da düzenlenen ek motorlu taşıtlar vergisine ilişkin düzenlemelerin, Anayasa'nın temel hak ve hürriyetlerin sınırlanmasını düzenleyen 13'üncü maddesi; mülkiyet hakkını düzenleyen 35'inci maddesi ve anayasal vergilendirme ilkelerini ortaya koyan 73'üncü maddesine aykırılık taşımadığından bahisle iptal talebinin reddine oybirliği ile karar vermiştir. Mahkeme kararın devamında tahsil edilen ek motorlu taşıtlar vergisinden mahallî idarelere pay verilmemesini düzenleyen 7456 sayılı Kanun'un 1'inci maddesinin 7'nci fıkrasına ilişkin incelemeye geçmiştir. Mahkeme, ek motorlu taşıtlar vergisinin genel bütçe geliri olarak düzenlenmiş olmasında da Anayasa'ya aykırılık tespit etmemiştir. Deprem yol açtığı ekonomik kayıpları gidermek üzere getirilen bir ek yükümlülüğün idarenin bütünlüğü ve yerel yönetimlerin malî özerkliğine yönelen ayrı bir değerlendirmeyi gerektirdiği bu husus, konusu itibarıyla bu çalışmanın kapsamı dışında bırakılmıştır.

4. Değerlendirme

Anayasa Mahkemesi, 7456 sayılı Kanun ile getirilen ek motorlu taşıtlar vergisinin iptali için yapılan başvuruya ilişkin gerekçeli kararında, yukarıda irdelenen daha önceki kararlarda da olduğu gibi, geçmişe yürüme hususunda herhangi bir değerlendirmede bulunmamıştır. Hukuk devleti ilkesinin bir uzantısı olarak kişilerin hukukî güvenliğinin sağlanması vergilendirmede

belirlilik; kıyas yasağı ve vergi kanunlarının geçmişe yürütülmemesi¹⁰² ile gerçekleşmektedir¹⁰³. Vergi kanunlarının geçmişe yürütülmemesi ilkesi, kişinin bir fiile başladığı anda bulunmayan bir vergilendirme kuralının, bu başlangıç anından itibaren uygulanacak biçimde geçmişe yürütülmesi anlamına gelmektedir¹⁰⁴.

Motorlu Taşıtlar Vergisi Kanunu'nun 9'uncu maddesi gereğince her yıl ocak ayının başında yıllık olarak tarh edilen motorlu taşıtlar vergisi için vergiyi doğuran olay bu tarihte gerçekleşmiş sayılmaktadır¹⁰⁵. Daha önce de belirtildiği üzere, ek motorlu taşıtlar vergisinde vergiyi doğuran olay motorlu taşıtlar vergisi ile birebir örtüşmektedir¹⁰⁶. Bu nedenle vergiyi doğuran olayın gerçekleşmesi ve hukukî sonuçlarını doğurmasından sonra; 15 Temmuz 2023 tarihinde Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren ek motorlu taşıtlar vergisi yükümlülüğü¹⁰⁷, Federal Alman ve İsviçre içtihat ve doktrinin

¹⁰² 1982 Anayasası'nda vergi kanunlarının geçmişe yürütülemeyeceğine ilişkin bir hüküm bulunmamasıyla birlikte batılı demokratik devletlerde de olduğu gibi Türkiye'de de yargı organları ve doktrin, hukuk devletinin temel gereği olan hukukî güvenlik ilkesi uyarınca kanunların, özellikle de aleyhe olan düzenlemelerin, geçmişe yürütmeziğini vergi kanunları için de hukukî bir zorunluluk olarak görmektedir.; Öncel/Kumrulu/Çağan/Göker, s. 60; Karakoç, *Genel Vergi*, s. 500; Abdurrahman Akdoğan, *Vergi Hukuku ve Türk Vergi Sistemi*, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 16. Bası, Gazi Kitabevi, 2023, s. 32, 33; Doğan Şenyüz/ Mehmet Yüce/ Adnan Gerçek, *Vergi Hukuku*, 13. Bası, Ekin Basın Yayın Dağıtım, 2022, s. 57; Gülsen Güneş, *Verginin Yasallığı İlkesi*, 2. Bası, On İki Levha Yayıncılık, 2008, s. 137; Tekbaş, *Vergi Kanunlarının*, s. 139.

¹⁰³ Çağan, *Vergilendirme Yetkisi*, s. 6; Karakoç, *Genel Vergi*, s. 499; Yusuf Karakoç, "Anayasal Vergilendirme İlkeleri Üzerine Bir Değerlendirme", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 15(Özel S.), 2013, s. 1300; Tekbaş, *Vergi Kanunlarının*, s. 180. Geçmişe yürütmezlik ilkesinin vergilerin kanuniliği ilkesi ile ilişkisi de göz ardı edilmemelidir. Ayrıntılı bilgi için bkz.; Güneş, s. 135-137; Ümit Süleyman Üstün, "Vergi Hukuku ile İlgili Anayasal İlkeler", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 11(1-2), 2003, s. 265, 266.

¹⁰⁴ Funda Başaran Yavaşlar, "Hukuki Güvenlik İlkesinin Bir Alt İlkesi Olarak Vergi Hukukunda Yasallık İlkesi", Ece Göztepe (Ed.), *Hukuk Güvenliği- Kamu Hukukçuları Platformu*, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2013, s. 195.

¹⁰⁵ Bu tarih itibarıyla motorlu taşıtlar vergisi için vergiyi doğuran olayın yanında motorlu tarh, tebliğ ve tahakkuk aşamaları da tamamlanmaktadır.; Tekbaş, *Vergi Kanunlarının*, s. 277, 278, 283; Ercan Sarıcaoğlu / Abdullah Arıkan, "Gerçek Olmayan Geçmişe Yürütme v.s. Haklı Beklentilerin Korunması İlkesi: 7194 Sayılı Kanun Örneği Üzerinden Bir Değerlendirme", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 29(2), 2021, s. 1515.; Taylar/Artun, s. 451.

¹⁰⁶ Taylar/Artun, s. 449, 450.

¹⁰⁷ 3986 sayılı Kanun ile getirilen net aktif vergisinin iptali için Anayasa Mahkemesine yapılan başvuruda Mahkeme söz konusu verginin matrahının gelir ve kurumlar vergisi mükelleflerinin 1993 yılı hesap dönemine ilişkin bilgileri üzerinden hesaplanmasının, vergiyi doğuran olayın 1993 yılında gerçekleştiği anlamına gelmediğini; net aktif vergisinin yeni bir vergi olması sebebiyle geçmişe dönük bir vergilendirme teşkil etmediğini belirtmiştir.; AnyM,

yanında Türk Anayasa Mahkemesinin de geçmişe yürümede vergiyi doğuran olayı esas alan yaklaşımı doğrultusunda¹⁰⁸, gerçek geçmişe yürüme¹⁰⁹ teşkil

13.07.1995 Tarihli ve E. 1994/85, K. 1995/32, (RG. 28.09.1996-22771, s. 8); Mahkemenin birçok yönden eleştiriye açık bu yorumu, ek motorlu taşıtlar vergisi için de gerçeği yansıtmamaktadır. 2023 yılı için ödenecek motorlu taşıtlar vergisi ile konusu, mükellefleri ve matrahı gibi esaslı unsurların aynı olduğu ve tek seferlik uygulanmak üzere getirilen ek motorlu taşıtlar vergisi yeni bir vergi niteliği taşımamaktadır. Aynı yönde bkz.; Taylar/Artun, s. 454, 455, 459; Ahmet İnneci, “Hukuki Güvenlik İlkesi Bakımından Ek Vergi Düzenlemeleri”, Amelie Chico (Ed.), *5th International Artemis Congress on Humanities and Social Sciences Proceedings Book*, BZT Akademi Yayınevi, 2023, s. 209, 210. 7440 sayılı Kanun (Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılması ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, RG. 12.03.2023-32130) ile getirilen ek kurumlar vergisi yükümlülüğünün yeni bir vergi teşkil etmediğine ilişkin değerlendirmeler için bkz.; Karakoç, Ek Kurumlar, s. 53, 54.

¹⁰⁸ Karakoç, *Türk Hukuku'nda*, s. 127 / dn. 126; Öncel/Kumrulu/Çağan/Göker, 2023, s. 61; Tekbaş, *Vergi Kanunlarının*, s. 277, 278; AnyM, 27.09.1988 Tarihli ve E. 1988/7, K.1988/27, (RG. 26.12.1988-20031); AnyM, 07.11.1989 Tarihli ve E. 1989/6, K. 1989/42, (RG. 06.04.1990-20484). Benzer bir değerlendirme için bkz.; *Brushaber v. Union Pacific R. Co.*, 240 U.S. 1 (1916), s. 240 U.S./20.

¹⁰⁹ Hukukî anlamda kabul edilebilir, *anayasal sınırlamalara daha az aykırı*, görülen; henüz sonuçlanmamış hukukî durum ve ilişki ve olaylara etkili gerçek olmayan geçmişe yürümenin de hukukî güvenlik bakımından tercih edilir bir durum olduğundan bahsetmek mümkün değildir; T.W.D. Duke, “Retroactive Taxation”, *Virginia Law Register*, 9 (4), 1923, s. 264, 265; Üstün, s. 266; Moris Lehner, (Çeviren: Özgecan Gök), “Dönemsel Vergilendirme İşğında Geçmişe Yürüme Sorunu”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 16(Özel Sayı-Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan), 2014, s. 3743; Başaran Yavaşlar, *Hukuki Güvenlik*, s. 197; Elif Yılmaz, *Hukuki Güvenlik İlkesinin Bir Gereği Olarak Vergi Hukukunda Geriye Yürümezlik İlkesi*, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2014, s. 58; Kader Melis Topçu, *Vergi Hukuku Özelinde Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru*, Yetkin Yayıncılık, 2020, s. 179; Güneş, s. 139. *Calder v. Bull*, 3 U.S. 386 (1798) davasına yönelik incelemede U.S. *Supreme Court* yargıçlarından Justice Chase'in; “Benim görüşüme göre, gerçek ayırım *ex post facto* yasalar ile geriye dönük yasalar arasındadır. Her *ex post facto* yasa mutlaka geriye dönük olmalıdır, ancak her geriye dönük yasa bir *ex post facto* yasa değildir. Bunlardan yalnızca ilki yasaklanmıştır. Mevcut yasalara uygun olarak kazanılmış hakları ortadan kaldıran ya da zedeleyen her yasa geçmişe dönüktür; genellikle adaletsiz ve baskıcı olabilir ve bir yasanın geçmişe dönük olmaması iyi bir genel kuraldır; ancak yasaların adil bir şekilde ve hem toplumun hem de bireylerin yararı için başlangıcından önceki bir zamanla ilgili olabileceği durumlar vardır.” biçiminde çevrilebilecek “...In my opinion, the true distinction is between *ex post facto* laws and retrospective laws. Every *ex post facto* law must necessarily be retrospective, but every retrospective law is not an *ex post facto* law. The former only are prohibited. Every law that takes away or impairs rights vested agreeably to existing laws is retrospective, and is generally unjust and may be oppressive, and it is a good general rule that a law should have no retrospect; but there are cases in which laws may justly, and for the benefit of the community and also of individuals, relate to a time antecedent to their commencement, ...” ifadeleri de bu bakış açısını ortaya koymaktadır; Duke, s. 257. Bu doğrultuda Almanya Federal Anayasa Mahkemesinin gerçek olmayan geçmişe yürümeyle ilişkin içtihadı da geçmişe etkili düzenlemeler ile kişilerin hukuka güven bakımından yaşadığı hüsranın katlanılabilir olduğunun kabulü için korunan kamu yararında ölçülülük ilkesi arayışına yönelmiştir; Taylar/ Gök/ Demirbaş Aksüt/ Artun, s. 30, 31, 34; Taylar/ Artun, s. 461. Federal Anayasa Mahkemesinin içtihadındaki gelişme ile

etmektedir¹¹⁰.

Sicile kayıtlı motorlu taşıt sahipleri için takvim yılının başında *motorlu taşıtlar vergisi kapsamında* belirlenmiş olan tutarın bir kere daha ödenmesini düzenleyen ve vergiyi doğuran olayın gerçekleşmesinin ardından getirilen ek motorlu taşıtlar vergisi, vergi yükünün *geçmişe etkili bir biçimde* artırılması anlamını taşımaktadır. Hukukî güvenlik ve Bütçe Hukuku'nda yer alan *ön izin ilkesi*¹¹¹ açısından *sakıncaları beraberinde getiren geçmişe yürüme*¹¹², yine *Federal Alman Mahkemesi içtihatlarında, kamu yararının gerektirmesi halinde geçerli görülmektedir*¹¹³. 7456 sayılı Kanun ile getirilen ek motorlu taşıtlar vergisinde de Mahkeme gerekçeli kararda geçmişe yürüme tartışmalarına girmemesine rağmen, doğal afetin maddî zararlarının ortadan kaldırılmasını kamu yararına yönelik meşru bir amaç olarak görerek ilgili düzenlemenin iptal talebini reddetmiştir.

İptal talebini reddeden Anayasa Mahkemesinin, gerekçeli kararında hukukî belirlilik ve öngörülebilirlik ilkelerini *vergilendirme düzenlemelerinin gereklerini dikkate aldığı bir yorum faaliyeti kapsamında* açık ve keskin sınırlar ile ortaya koymaktan imtina ettiği gözlemlenebilmektedir. Düzenlemelerin açık ve anlaşılabilirlikten uzak olması, mahkemelerin aynı uyuşmazlık konusuna ilişkin farklı yönde kararlar vermesi gibi hususlar hukukî belirlilik ve öngörülebilirliğe aykırı görülürken, açık ve anlaşılır düzenlemelerin belirlilik ve öngörülebilirliği sağlamak için yeterli görülmesi, geçmişe etkili düzenlemeler söz konusu olduğunda birtakım sakıncalar barındırmaktadır.

Mahkemenin ilk belirlemesi olan temel hak ve özgürlüklerin

birlikte hâlihazırda kanunun *füil yürürlük tarihinin* yürürlüğe giriş tarihinden önce olması durumunun kendi başına bir geçmişe yürüme olduğunu kabul eden anlayışlar da bulunmaktadır; Melvin R.T. Pauwels, "Retroactive and Retrospective Tax Legislation: A Principle-Based Approach; A Theory of 'Priority Principles of Transitional Law' and 'the Method of the Catalogue of Circumstances'", Hans Gribnau / Melvin Pauwels (Ed.), *Retroactivity of Tax Legislation*, EATLP/IBFD, 2013, s. 101, 102; Melvin R.T. Pauwels (Çeviren: Gamze Gümüşkaya), "Vergi Yasalarının Geriye Yürümesi; Hollanda Hukuku'nda Yer Alan Anayasa, Yargısal ve Öz-Denetimsel Sınırlamalar", Billur Yaltı (Ed.), *Vergi Hukukunda Geriye Yürümezlik Esası*, Beta, 2011, s. 65.

¹¹⁰ Karakoç, *Türk Hukuku'nda*, s. 123; Taylar/Artun, s. 462.

¹¹¹ Ön izin ilkesi, Devlet'in gelirlerini toplaması ve giderlerini yapmasına Bütçe Kanunu ile önceden izin ve yetki verilmesi anlamını taşımaktadır; Akdoğan, *Kamu Maliyesi*, s. 351; Karakoç, *Kamu Maliyesi*, s. 276.

¹¹² Karakoç, *Genel Vergi*, s. 500; Karakoç, *Anayasal Vergilendirme*, s. 1291.

¹¹³ Çağan, *Demokratik Sosyal*, s. 143; Öncel/Kumrulu/Çağan/Göker, s. 61, 62.

sınırlanmasına ilişkin şartlar ile kanunilik ele alındığında, düzenlemenin açık ve anlaşılabilir kanunî bir düzenleme ile yapıldığı hususunda herhangi bir kuşku bulunmamaktadır. Ancak düzenlemenin *belirli* ve *öngörülebilir* bir düzenleme olduğuna ilişkin tespit gerçeği yansıtmamaktadır. Hukuk devleti ilkesinin sayesinde var olduğu hukukî güvenlik ilkesi¹¹⁴, düzenlemelerin geçmişe yürütülmemesi ilkesini de içermektedir¹¹⁵. Düzenlemelerin açık, net ve anlaşılır olması hukukî güvenliğin sağlanmasında yeterli olmamaktadır. Ancak Mahkeme hukukî belirlilik ilkesine ilişkin değerlendirmesini diğer kararlarında “*bireylerin hukuk kurallarını önceden bilmeleri, tutum ve davranışlarını bu kurallara göre güvenle belirleyebilmeleri*”¹¹⁶ yönünde gerçekleştirmekte iken incelemeye konu edilen kararında bu yorumu tekrar etmemiştir.

Vergi dilimlerinde yer alan matrah sınırları ya da istisna tutarları gibi hadlerin her sene güncellenmesi gibi uygulamaların yanı sıra; diğer alanlar ile karşılaştırıldığında ekonomik, malî, sosyal şart ve gerekliliklere göre daha hızlı ve sıklıkla değiştirilen vergi düzenlemeleri için hukukî belirlilik ve öngörülebilirlik ilkelerinin gözetilmesi büyük önem taşımaktadır. Mükelleflerin kararlarını sağlıklı biçimde alabilmesi için kendilerine uygulanacak vergilendirme düzenlemelerini makul bir süre öncesinde bilmeleri hukukî güvenliğin, öngörülebilirliğin¹¹⁷ ve haklı beklentilerin korunmasının¹¹⁸ vergi hukukundaki bir yansımasını teşkil etmektedir¹¹⁹.

¹¹⁴ Karakoç, Ek Kurumlar, s. 58.

¹¹⁵ Karakoç, *Kamu Maliyesi*, s. 277; Karakoç, *Genel Vergi*, s. 499.

¹¹⁶ AnyM, 15.05.2019 Tarihli ve E. 2017/156, K.2019/37, (RG. 25.07.2019-30842, § 39); AnyM, 07.03.2024 Tarihli ve E. 2023/137, K.2024/68, (RG. 16.05.2024-32548, § 28).

¹¹⁷ Anayasa Mahkemesi de 06.06.2008 tarihinde yayımlanarak 01.01.2008 tarihinden itibaren uygulanmak üzere yürürlüğe giren ve bazı mükellefler nezdinde gelir vergisi stopaj teşvi-kinde kayba neden olan düzenleme hususunda “*Geçici 73. madde 6.6.2008 tarihli Resmî Gazete’de yayımlanmış, 5084 sayılı Kanun kapsamındaki yatırımcılar gelir vergisi stopajı teşviki sisteminde öncelikle asgari geçim indiriminin uygulanacağını, bu uygulamanın da 1.1.2008 tarihine kadar geriye yürütüleceğini, 6.6.2008 tarihinde öğrenmişlerdir. Ücretli-lerin asgari geçim indiriminden kaynaklanan hakları korunurken, yatırımcı mükelleflerin teşvik hakları korunmamış, geçmişte başlayan yatırım teşvikleri geriye dönük olarak azal-tılmıştır. Kanun’un yayımı tarihinden öncesine yönelik bir düzenleme getirmesi, bu tarihten önce yatırıma başlayan yükümlülerin öngöremeyecekleri şekilde, aleyhlerine sonuç doğur-muştur.*” yönünde yorumda bulunarak geçmişe etkili bir düzenlemeyi öngörülebilirlik ile ilişkilendirmiştir; AnyM, 22.12.2011 Tarihli ve E. 2010/7, K. 2011/172, (RG. 14.02.2012-28204).

¹¹⁸ Sarıcaoğlu / Arıkan, s. 1530.

¹¹⁹ Öncel/ Kumru/ Çagan/ Göker, s. 60; Yusuf Karakoç, *Türk Hukuku’nda*, s. 118, 119; Yıl-

Bu durumun, vergilendirmenin mülkiyet hakkı ile olan yakın bağı, hukukî belirliliğin beraberinde getirdiği bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesi ve devletin de yasal düzenlemelerinde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınması gereklilikleri¹²⁰ ile açıklanması mümkündür. Bu sürenin ne kadar olacağına ilişkin bir değerlendirmede malî konularda esas alınan dönemsellik kavramı ve ön izin ilkesi göz önünde bulundurulduğunda mükelleflerin en geç takvim yılının başında kendilerine sene içinde uygulanacak malî yükümlülüklerle ilişkin bilgi sahibi olmaları beklentisi makul görülmektedir¹²¹.

Karara konu 14.07.2023 tarihinde kabul edilen 7456 sayılı Kanun ile getirilen düzenleme, 2023 yılı için hesaplanmış motorlu taşıtlar vergisi matrahı esas alınarak hesaplanan ve 2023 yılı içinde ödenmesi gereken bir malî yükümlülüğü içermektedir. Mükelleflerin 2023 yılına ilişkin finansal kararlarını alması esnasında ek motorlu taşıtlar vergisinin getirilebileceğine ilişkin bir tahmin ya da öngörüsü olduğundan da bahsetmek güç görülmektedir¹²². Mahkeme kararında hükümlerin açık ve net olarak düzenlenmiş olması belirlilik ve öngörülebilirlik için yeterli görülmüşken hukukî güvenlik ilkesi doğrultusunda vergilendirme düzenlemelerinin nitelik ve etkileri gereğince aranması gereken hukukî belirlilik¹²³ ve öngörülebilirlik

maz, s. 2, 9, 33; Tekbaş, Vergi Kanunlarının, s. 134, 137, 138; Yıldırım Taylar, “Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Vergi Hukukunda Hukukî Güvenlik İlkesi”, *Vergi Dünyası*, 307, 2007, s. 201-204; Şenyüz/ Yüce/ Gerçek, s. 56; Güneş, s. 135. Benzer bir yaklaşım AIHM’in bir normun sahip olması gereken niteliklere ilişkin belirlemede de bulunmaktadır. Bu belirlemeye göre bir normun kişinin davranışlarını düzenleyebilmesini sağlayacak kesinlikte formüle edilmesi; bireyin belirli bir eylemin yol açabileceği sonuçları, ilgili koşullara göre makul bir derecede önceden görebilmesi gerekmektedir; AIHM, The Sunday Times v. Birleşik Krallık, Başvuru No:6538/74, 26.09.1979, par. 49.

¹²⁰ AnyM, 04.05.2017 Tarihli ve E.2015/41, K.2017/98, (RG. 04.05.2017-30143, § 153, 154); AnyM, 25.12.2019 Tarihli ve E.2019/106, K.2019/100, (RG. 14.02.2020-31039, §20); AnyM, 24.12.2020 Tarihli ve E.2020/15, K.2020/78, (RG. 28.04.2021-31468, § 10); AnyM, 22.06.2023 Tarihli ve E.2022/110, K.2023/115, (RG. 19.09.2023-32314, § 17).

¹²¹ Karakoç, Anayasal Vergilendirme, s. 1291.

¹²² 7440 sayılı Kanun ile getirilen ek kurumlar vergisine ilişkin aynı doğrultudaki değerlendirme için bkz.; Karakoç, Ek Kurumlar, s. 72.

¹²³ 7456 sayılı Kanun’un ek motorlu taşıtlar vergisini düzenleyen 1’inci maddesinin 8’inci fıkrasında yer alan “*Ek motorlu taşıtlar vergisine ilişkin olarak bu maddede hüküm bulunmayan hâllerde, 197 sayılı Kanun hükümleri uygulanır.*” düzenlemesinde hangi hükümlere atıf yapıldığının açık olmaması nedeniyle hukukî belirlilik ilkesine aykırı olduğuna ilişkin değerlendirme için bkz.; Taylar/Artun, s. 455.

için bu şartların yeterli olmadığı belirtilebilecektir¹²⁴.

Mahkemenin elverişlilik, gereklilik ve orantılılık alt ilkelerini esas alarak gerçekleştirdiği ölçülülük ilkesine ilişkin değerlendirmesi, mülkiyet hakkının sınırlandırılmasında kamu yararına ilişkin değerlendirmesi ile birlikte inceleme konusu içtihadın ortaya çıkmasında etkili olmuştur. Mahkeme ek motorlu taşıtlar vergisini, depremin beraberinde getirdiği malî kayıpların telâfisi için elverişli, ödeme kolaylıklarının sağlanması ve görece düşük tutarlarda tarh edilmesi nedeniyle de orantılı bir araç olarak görmüştür. Ancak Mahkeme “ulaşılacak istenen amaç bakımından sınırlamanın zorunlu olmasını, diğer bir ifadeyle aynı amaca daha hafif bir sınırlama ile ulaşılmasının mümkün olmaması”nı ifade eden¹²⁵ gereklilik ilkesine ilişkin değerlendirmesini, kanun koyucunun finansman kaynağı belirlemedeki takdir yetkisi ile birlikte ele alarak gerçekleştirmiştir. Depremi takip eden dönemde, 7440 sayılı Kanun ile getirilen kapsamlı malî yapılandırma ve af düzenlemesi gibi kamu gelirlerini olumsuz yönde etkileyen adımların atılması, depremin ortaya çıkardığı maddî zararın giderilmesi için ek motorlu taşıtlar vergisi bakımından *gereklilik* ölçütünün sağlandığını şüpheye düşüren bir düzenleme teşkil etmekte iken¹²⁶ Mahkeme bu hususta bir değerlendirmede bulunmamıştır. Bu değerlendirme(me), vergilendirmeye ilişkin düzenlemelerin Anayasa’ya uygunluğunun denetlenmesi için yapılan başvurularda gereklilik kriterini görece işlevsiz hale getirebilecek bir yorumu barındırmaktadır. Bu noktada vergilendirme alanında devletin geniş takdir yetkisi ile gereklilik ilkesi arasında bir dengenin gözetildiği bir denetimin yapılması ihtiyacına dikkat çekmek gerekmektedir. Ancak bu denetimin ilgili sınırlara riayet edilmesi halinde dahi *yerindelik denetimi* eleştirileri ile karşılaşması da mümkün görünmektedir¹²⁷.

¹²⁴ Geçmişe etkili olacak biçimde, önceden tahmin edilemeyen ve beklenmeyen malî yükümlülüklerin ihdası *öngörülebilirlik ve hukukî belirlilik ilkesine* de aykırılık teşkil etmektedir.; Karakoç, Ek Kurumlar, s. 72; Taylar/Artun, s. 453- 456.

¹²⁵ AnyM, 28.09.2023 Tarihli ve E.2023/131, K. 2023/160, (RG. 06.10.2023-32331, §23); Karakoç, Anayasal Vergilendirme, s. 1281.

¹²⁶ Taylar/Artun, s. 467, 468.

¹²⁷ Yılmaz Aliefendioğlu, *Anayasa Yargısı ve Türk Anayasa Mahkemesi*, Yetkin Yayınları, 1996, s. 82, 83; Mustafa Akkaya, “Vergi Aslı ve Fer’ileri Bakımından Geriye Yürümezlik Esası: “Haklılık Ölçütü Üzerine Değerlendirmeler””, Billur Yaltı (Ed.), *Vergi Hukukunda Geriye Yürümezlik Esası*, Beta, 2011, s. 122, 123. Vergilendirmede eşitlik ilkesine ilişkin yargısal başvurularda yerindelik denetimi ayrımının kendini göstereceğine ilişkin benzer bir tartışma için bkz.; Ahmet G. Kumrulu, “Vergi Hukukunun Birkısım Anayasal Temelleri”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 36(1), 1979, s. 157, 158.

Bu incelemelerin devamında Mahkemenin malî güce göre vergilendirme hususundaki değerlendirmesi de, matrahın belirlenmesinde esas alınan motorlu taşıtlar vergisinin malî güce ulaşmak için birtakım araçlara sahip olması ve ek motorlu taşıtlar vergisinin mükellefiyetinde depremde maddî ve belirli bir dereceye kadar manevî kayba uğrayan kişilerin dışarıda bırakılması unsurları ile şekillenmiştir. “*Motorlu taşıtlar vergisinin toplumun tümünü kapsayan, yaygın bir vergi*” olduğunu da göz önünde bulunduran¹²⁸ Mahkeme bu yükümlülüğün malî güce göre vergilendirme, vergi yükünün adaletli dağılımı ve eşitlik ilkeleri ile çelişmediği kanaatine ulaşmıştır. Mahkeme bu değerlendirmesi ile 4837 sayılı Kanun’da düzenlenen ek motorlu taşıtlar vergisinin vergi yükünü yalnızca motorlu taşıt sahibi mükellefler için ağırlaştırıcı bir düzenleme olduğu yönündeki yaklaşımından ayrılmıştır. Kurumlar vergisi mükellefleri için 7440 sayılı Kanun’da düzenlenen ek vergi ve vergi artırımını dışında deprem gerekçesiyle artırılan bir vergi yükümlülüğünün söz konusu olmaması karşısında¹²⁹ Mahkeme önceki kararındaki malî güce göre vergilendirme ve vergi yükünün adaletli ve dengeli dağılımı hususundaki değerlendirmesini bu kararda tekrar etmemiştir.

Bu tartışmalar neticesinde özetlemek gerekirse, Anayasa Mahkemesi büyük bir bölgeyi etkileyen deprem felaketi gibi olağanüstü dönemlerde getirilen ek motorlu taşıtlar vergisinin anayasaya uygun olduğuna yönelik bir içtihat geliştirmiştir. Mahkemenin olağanüstü durumun gerektirdiği kamu yararını esas aldığı bu içtihadında birtakım ilkelere uygunluğa ilişkin gerekçelerini *yüzeysel* tanımlamalar düzeyinde bırakmayı tercih ettiğini belirtmek mümkündür.

V. ANAYASA MAHKEMESİNİN EK MOTORLU TAŞITLAR VERGİSİNE İLİŞKİN KARARLARININ KARŞILAŞTIRMALI DEĞERLENDİRMESİ

Aramakurtarma faaliyetleri ile birlikte, enkaz kaldırma, yeniden yapılanma, hayatta kalan depremezdelerin ihtiyaçları gibi sebeplerle gerçekleştirilen kamu giderlerinin finansmanı için getirilen malî yükümlülüklerden biri olan ek motorlu taşıtlar vergisi, anayasal vergilendirme ilkeleri bakımından birtakım

¹²⁸ Mahkemenin yukarıda incelenen E. 2003/48, K. 2003/76 numaralı kararında ek motorlu taşıtlar vergisinin vergi yükünü araç sahipleri aleyhine ağırlaştırıcı bir yükümlülük olması nedeniyle vergi yükünün adaletli, ölçülü ve eşit dağılımını engellediğine ilişkin hukuki tespiti, bu kararında motorlu taşıtlar vergisinin toplumun tümünü kapsayan, yaygın bir vergi olmasından ötürü vergi yükünün adaletli dağılımını sağladığı yönünde değişiklik göstermiştir.

¹²⁹ Taylar/Artun, s. 470.

çekinceler taşımaktadır. Özellikle hukukî güvenlik ve belirlilik ilkeleri etrafında toplanan bu çekincelere ilişkin tartışmalar, Anayasa Mahkemesinin gerekçeli kararlarında gereken yeri bulamamıştır.

Kamu giderlerinin finansmanı yönünden vergilendirmenin konumu, olağandışı durumlarda kamu hizmetlerinin devamı ya da iç ve dış güvenlik tehditlerine karşı önlem alınabilmesi için vergilendirme ilkeleri ile mülkiyet hakkının, *özlerine dokunulmaksızın*, kapsamlarının daraltılmasını zarurî hale getirebilmektedir. Buna paralel olarak yargı erkinin, devletin vergilendirme yetkisinin kapsamının değerlendirilmesinde farklı durumlar için farklı sınırlar çizdiği görülebilmektedir.

İncelenen 28.03.2001 tarihli, E. 1999/51 ve K. 2001/63 sayılı ilk başvuruda da Mahkeme gerekçeli kararda açıkça tartışmamış olsa dahi öngörülen ek yükümlülükleri mülkiyet hakkının ihlâli olarak ele almış ve temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasına ilişkin anayasal rejime ilişkin bir değerlendirmede bulunmuştur. Bu bağlamda yapılan değerlendirmenin kapsamı, getirilen düzenlemelerin Anayasa'nın 13'üncü maddesinde¹³⁰ düzenlendiği şekliyle temel hak ve hürriyetlerin *diğer genel sebeplerin yanında sayılan* kamu yararı sebebiyle, Anayasa'nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine uygun biçimde, kanunla gerçekleştirilmiş bir sınırlama teşkil edip etmediği ile sınırlı kalmıştır¹³¹. Mahkeme, 1999'da gerçekleşen deprem felâketlerinin ortaya çıkardığı zararın giderilmesi gerekçesini *kamu yararı* kapsamında okumuştur. Bir kanun ile

¹³⁰ Söz konusu kararın alındığı 28.03.2001 tarihinde, 4709 sayılı Kanun ile 03.10.2001 tarihinde gerçekleşen değişiklikten önce, 1982 Anayasası'nın temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması başlığını taşıyan 13. maddesi şu şekildedir:

“Temel hak ve hürriyetler, Devletin ülkesi ve milletiytle bölünmez bütünlüğünün, milli egemenliğin, Cumhuriyetin, milli güvenliğin, kamu düzeninin, genel asayişin, kamu yararının, genel ahlakın ve genel sağlığın korunması amacı ile ve ayrıca Anayasanın ilgili maddelerinde öngörülen özel sebeplerle, Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olarak kanunla sınırlanabilir.

Temel hak ve hürriyetlerle ilgili genel ve özel sınırlamalar demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olamaz ve öngörüldükleri amaç dışında kullanılamaz.

Bu maddede yer alan genel sınırlama sebepleri temel hak ve hürriyetlerin tümü için geçerlidir.”

Bununla birlikte “kamu yararı”, mülkiyet hakkının özel sınırlama sebebi olarak söz konusu değişiklikten sonra da varlığını sürdürmüştür.

¹³¹ Kemal Gözler, “Olağanüstü Hal Rejimlerinde Özgürlüklerin Sınırlandırılması Sistemi ve Olağanüstü Hal Kanun Hükmünde Kararnamelerin Hukuki Rejimi”, *Ankara Barosu Dergisi*, 4, 1990, s. 563.

gerçekleştirilen bu düzenlemede, bir önceki yıl matrahlarının dikkate alınması, olağan istisna ve muafiyetlerin yanında düzenlenen ek istisna ve muafiyetlerin Mahkemenin değerlendirmesinde veri olarak ele alınmış olması da *ölçülülük ilkesi* kapsamında bir incelemeyi ortaya koymaktadır. Bu bağlamda yapılan bir değerlendirme, sınırlamanın Anayasa'nın sözüne ve ruhuna uygun olması konusunda birtakım çekinceler ile karşılaşmaktadır. Kararın karşı oylarında bir kısmına değinildiği üzere hukuk devleti bağlamında hukukî belirlilik ve malî güce göre vergilendirme gibi anayasal ilkeler karşısında mülkiyet hakkının, vergi yükünün geçmişe etkili biçimde artışı yoluyla sınırlandırılmasının Anayasa'nın sözüne ve ruhuna uygun olduğu kanaati gerekçeli kararda ortaya konulandan daha ayrıntılı bir inceleme gerektirmektedir¹³².

Kamu gelirine ihtiyacın büyük boyutlara ulaştığı dönemlerde başvuru ek vergi düzenlemeleri, Anayasa Mahkemesinin birçok müessese ve ilkeyi değerlendirmesini gerektirmiş ve daha fazlasına ilişkin de bir beyanda bulunma fırsatı yaratmıştır. Ancak Mahkeme genellikle, aldığı kararların neticesini genel hatlarıyla izah edecek konularda kısa değerlendirmeler yapmakla yetinmiş, anayasal vergilendirme ilkeleri ile hukuk devleti arasındaki ilişkinin yorumlanmasındaki ince ayrıntıları ortaya koymaktan kaçınmıştır. Bu doğrultuda, önlenemeyen doğal afetler neticesinde ortaya çıkan finansman arayışında getirilen ek yükümlülüklerde kamu yararının varlığının tespiti karşısında ekonomik ve malî hedeflere ulaşılmasına yönelik gerekçeler ile getirilen ek yükümlülüklerde bu yönde bir kamu yararının söz konusu olmadığına ilişkin görüşü incelenen kararlarda tekrarlanmıştır. Mahkeme kamu yararı yorumundaki farklılığı gerekçeli kararına bu yönde yansıtırken,

¹³² Anayasa Mahkemesinin önceki tarihli kararlarında bu hususu daha ayrıntılı biçimde irdelediği görülebilmektedir. Özellikle usule ilişkin konularda ya da vergi oranlarında yapılan değişikliklerde geçmişe yürüme tartışması Mahkeme tarafından daha ayrıntılı biçimde ele alınmıştır. Her ne kadar Mahkeme bu incelemeler neticesinde düzenlemelerin geçmişe yürütülmediğine ilişkin sonuçlara varmış olsa da yaptığı hukukî değerlendirmeler Danıştay kararları için dayanak oluşturmuştur. Bu durum, Mahkemenin ihlâl ve iptal yönünde karar vermemiş olsa dahi ilkelere ilişkin yorumlarının hukuk düzeni içinde önemli derecede etki yarattığına örnek olarak gösterilebilecektir.; Karakoç, *Türk Hukuku'nda*, s. 119, 120, 124 / dn. 107, dn. 119; Saban, s. 16.; Veysi Seviğ, “Vergi Yasalarında Geriye Yürümezlik Sorunu”, *Prof. Dr. Adnan Tezel'e Armağan*, Marmara Üniversitesi Maliye Araştırma ve Uygulama Merkezi, 2000, s. 421-423.; İlgili kararlar; AnyM, 27.09.1988 Tarihli ve E.1988/7, K.1988/27, (RG. 26.12.1988-20031); AnyM, 27.09.1988 Tarihli ve E.1988/9, K.1988/28, (RG. 26.12.1988-20031); AnyM, 27.09.1988 Tarihli ve E.1988/16, K.1988/29, (RG. 26.12.1988-20031); D. İBK, 03.07.1989 Tarihli ve E. 1988/5, K. 1989/3, Danıştay Dergisi, Sayı: 78-79, s. 67-79; D. VDDK, 09.04.1993 Tarihli ve E. 1992/299, K. 1993/63, <<https://karararama.danistay.gov.tr/getDokuman?id=17779600&arananKelime=Vergi Dava Daireleri Kurulu>>, Erişim Tarihi 08 Ocak 2024.

23.07.2003 tarihli E.2003/48, K.2003/76 sayılı kararın gerekçesinde, ek motorlu taşıtlar vergisi ile ek emlak vergisi yükümlülüklerinin vergilendirme ilkeleri karşısındaki *farklaştırdığı* konumuna ilişkin doyurucu bir açıklama yapmaktan kaçınmıştır. Mahkeme ek emlak vergisinin muafiyet ve istisna hükümleri nedeniyle vergilendirmede adalet ve genellik gibi ilkelere uygun olduğunu belirtmekle yetinmiş, ek motorlu taşıtlar vergisini hukuka aykırı hâle getiren hususlarla karşılaştırmalı açıklamalar yapmaya girişmemiştir. Bunun yanı sıra Mahkeme ek motorlu taşıtlar vergisini iptal ederken geliştirdiği, ikinci kez tahakkuk edilen vergi ile vergi yükünün araç sahipleri aleyhine ağırlaştırıldığı yönündeki yaklaşımını da bir sonraki kararında devam ettirmemiş; 7456 sayılı Kanun ile getirilen ek motorlu taşıtlar vergisinde verginin düşük tutarlarda olması nedeniyle *ölçülü* olduğu tespitinde bulunmuştur.

Mahkemenin bu yaklaşımını, *özellikle vergilendirme alanında*, ilkelerin net bir biçimde yorumlanmasından ziyade yüzeysel tanımlamalar ile kanun koyucunun olağanüstü durumlarda düzenleme alanını geniş bırakma¹³³ ve Mahkemenin gelecek içtihatları için “açık bir kapı” bırakma çabası olarak yorumlamak mümkündür. Bu yaklaşım, kaynağını doğrudan egemenlikten alan vergilendirme yetkisine yönelik sınırlı bir çerçeve çizmekten çekinme, kanun koyucunun kamu geliri elde etmeye yönelik iradesini değişen şartlara göre serbestçe değerlendirebilmek için alan yaratma isteğinden ileri gelmektedir¹³⁴.

Mahkemenin vergilendirme ile ilgili konulardaki bu tutumu, son dönemlerde aşırı bir vergi yükü ile mülkiyet hakkının anlamsızlaştırılması halinde verilen ihlâl kararları dışında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin vergilendirme alanında tanıdığı geniş takdir marjı ile paraleldir¹³⁵. Ancak

¹³³ Bu kanı, Anayasa Mahkemesinin vergilendirme alanındaki bireysel başvurulara ilişkin kararlarında vergilendirme ilkelerini daha kapsamlı bir biçimde değerlendirme ve bu ilkelerin uygulanmaması halinde daha aktif bir biçimde ihlâl kararı vermesi olguları ile de pekişmektedir. Bu bağlamda dikkate değer kararlar için bkz.; *Türkiye İş Bankası A.Ş.* [GK], Başvuru No: 2014/6192, 12.11.2014; *İskenderun Demir ve Çelik A.Ş.* [GK], Başvuru No: 2015/941, 25.10.2018.; *Tevfik Ayhan*, Başvuru No: 2019/17968, 29.6.2022, § 46-56.

¹³⁴ Başaran Yavaşlar bu durumu; “*AYM kararlarında, vergisel düzenlemelere temel hak ve özgürlükler cephesinden değil de, önemli bir kamu geliri kaynağından devleti yoksun etmeme tedirginliğiyle yaklaşıldığı eğilimi sezilmektedir.*” tespiti ile ifade etmiştir; Funda Başaran Yavaşlar, “Vergilendirme Yoluyla Temel Hak ve Özgürlüklere Müdahalede Sınır”, İlhan Ulu-san/Bahri Öztürk (Ed.), *Kamu Hukuku, Özel Hukuk ve Ceza Hukuku Alanlarında Kamunun Önderliği ve Bireysel Özerklik Sempozyumu*, Seçkin Yayıncılık, 2009, s. 198.

¹³⁵ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin vergilendirme konusunda bıraktığı geniş takdir marjına ilişkin olarak bkz.; Derya Doğru, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Yargılamasında Takdir*

hakların ve özgürlüklerin korunmasında aslî görevin ulusal makamlara ait olması anlamını taşıyan ikincillik ilkesinin¹³⁶ ortaya çıkardığı geniş takdir marjı¹³⁷ ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin bu tutumu gerekçelendirilebilirken,¹³⁸ aslî görevi kanunların Anayasa'ya uygunluğunu denetlemek olan Anayasa Mahkemesinin çekimsiz tavrının gerekçelendirilmesi güç olmaktadır¹³⁹. Bu tutum, Anayasa Mahkemesinin Vergi Hukukunun temel ilkelerinin kökleşmesindeki olumlu etkisini¹⁴⁰ gölgelemektedir. Birtakım kanunî düzenlemelerin iptaline ya da hukuka uygunluğu nedeniyle iptal taleplerinin reddine esas alınan ilkelerin, bu kararları etkileme yönünün açıkça ortaya konulmasından kaçınılması, Anayasa Mahkemesi kararlarının vergi hukukunun kaynağı olma yönünü zayıflatan bir yaklaşım teşkil etmektedir¹⁴¹. Bu durum aynı zamanda bir yargı kararına nasıl ve hangi araçlar ile ulaşıldığını ortaya koyması gereken¹⁴² ve hâkimi bir hüküm vermeye iten mantık

Marjı Doktrini, Turhan Kitabevi, 2019, s. 213, 223-225; Billur Yaltı Soydan, "Mülkiyet Hakkı versus Vergilendirme Yetkisi: İnsan Hakları Avrupa Mahkemesine Göre Mülkiyet Hakkına Müdahalenin Sınırı", *Vergi Dünyası*, 227, 2000, s. 106.

¹³⁶ İkincillik ilkesi, İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşme'ye Değişiklik Getiren 15 No'lu Protokol'ün 1. maddesi ile Sözleşme'nin önsözünün sonuna eklenen ibarede tanımlanmaktadır. İkincillik ilkesinin Protokol'ün yürürlüğe girmesinden önceki dönemlerde uygulamaya etkisi için bkz.; Reimer von Borries / Malte Hauschild, "Implementing the Subsidiarity Principle", *Columbia Journal of European Law*, 5(3), 1999, s. 369, 370.

¹³⁷ Doğru, s. 31-33.

¹³⁸ Michael Keen / Ruud de Mooij, "Tax Policy and Subsidiarity in the European Union", George Gelauff/Isabel Grilo/ Arjan Lejour (Ed.), *Subsidiarity and Economic Reform*, Springer, 2008, s. 220-227, 233.

¹³⁹ Bireysel başvuru yolunda Anayasa Mahkemesi için de ikincillik ilkesinin söz konusu olduğuna ilişkin olarak bkz.; Bertil Emrah Oder, "Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuruda İlk Evre: Sınırlar, Sorunlar ve Yeni İçtihat", *Güncel Hukuk Dergisi*, 117, 2013, s. 15, 16; Hasan Tahsin Gökcan, "Bireysel Başvuruda İkincillik İlkesi ve Denetim Yetkisinin Sınırları Sorunu", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 30(135), 2018, s. 17. Bireysel başvuru yolunda ikincillik ilkesinin esas olması karşısında anayasal ilkelerin yorumlanmasında bu yolun etkin kullanım sağladığına ilişkin olarak bkz.; Abdurrahman Eren, "Hukuki Yorum Yöntemleri Açısından Bireysel Başvuru Kararlarının Anayasa Yorumuna Etkileri", *Anayasa Yargısı*, 32(1), 2016, s. 298-301.

¹⁴⁰ Karakoç, *Türk Hukuku'nda*, s. 273.

¹⁴¹ Benzer yönde, Anayasa Mahkemesinin, Anayasa'nın birden fazla maddesine aykırılık öne sürülerek yapılan başvurularda, tek maddeden iptal kararı vererek diğer maddeleri incelememesinin, genel olarak da gerekçelerin niteliksel yetersizliğinin Anayasa Mahkemesi kararlarının bir kaynak olmasına olumsuz etkilerine ilişkin olarak bkz.; Tekbaş, *Vergi Kanunlarının*, s. 396, 397, 443.

¹⁴² Yusuf Karakoç, "Yargı Kararlarının Dili ve Gerekçesi", Hayrettin Ökçesiz (Ed.), *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arşivi 16. Kitap - Hukuka Felsefi ve Sosyolojik Bakışlar – III Sempozyumu Bildirileri*, İstanbul Barosu Yayınları, 2007, s. 277.

örgüsünü aralıksız biçimde göstermesi beklenen¹⁴³ *yargı kararı gerekçesinin* bu niteliklerinden uzaklaşması sonucunu da yaratmaktadır. Zira diğer yargı kararlarında da olduğu gibi Anayasa Mahkemesi kararlarında da hükmün dayandığı hukukî esasların *yeterli ve makul* bir gerekçe ile açıklanması şarttır¹⁴⁴ ve *yüzeysel, şekli ve formül ifadelerden* oluşan bir gerekçe de yeterli görülmemektedir¹⁴⁵.

Vergilendirme yetkisinin kullanımında yöneticilerin keyfi uygulamalarla kişilerin hak ve özgürlüklerine müdahale etmesini engelleme amacı taşıyan¹⁴⁶ vergilendirme ilkelerinin yorumu için bırakılan bu geniş alan, mükelleflerin anayasal güvenceden yoksun kalmasına neden olabilecektir. Kamu yararının gerektirdiği olağanüstü durumlarda genişletilmesi bizzat Anayasa'da mümkün kılınan vergilendirme yetkisi için Mahkemenin hukukî yorumlarını sınırlandırmasında ve tarihî mücadeleler ile elde edilen kazanımları yansıtan vergilendirme ilkelerinin “olmaz ise olmazlarını” ortaya koymaktan kaçınmasında bir fayda bulunmamaktadır. Aksine özellikle bu dönemlerde söz konusu gerekliliklerin üzerinde durulması ve bu gerekliliklerin ihlâlîni hukuka uygun hale getirdiği savunulan sebeplerin izah edilmesi gerekmektedir¹⁴⁷.

Mahkemenin norm denetiminde anayasal ilkeleri tanımlayarak ilgili kanunî düzenlemeyi değerlendirmesi aslî görevini oluşturmaktadır. Bazı dönemlerde ilkelerin “olmaz ise olmaz” taraflarının ihlâlîni gerektirecek bir kamu yararının varlığına ilişkin tartışmadan, sonuç varlığına işaret ediyor olsa dahi, *yerindelik denetimi* olarak nitelendirerek kaçınılması, kişilerin kanunî düzenlemeler karşısında anayasal haklarının korunduğu denetimin esaslı

¹⁴³ Faruk Erem, *Diyalektik Açısından Ceza Yargılaması Hukuku*, 6. Bası, Işın Yayıncılık, 1986, s. 503.; Karakoç, *Yargı Kararlarının*, s. 277.

¹⁴⁴ Ramazan Arslan / Ejder Yılmaz / Sema Taşpınar Ayvaz / Emel Hanağası, *Medenî Usul Hukuku*, 6. Bası, Yetkin Yayınları, 2020, s. 485.

¹⁴⁵ Erem, s. 503. Anayasa Mahkemesinin gerekçeli karara ilişkin bu yöndeki yaklaşımı da *bireysel başvuru denetimi* neticesinde ortaya çıkan kararlarında görülebilmektedir; *Sencer Başat ve diğerleri*, [GK], Başvuru No: 2013/7800, 18.6.2014, § 34, 35; Gamze Gümüşkaya, “Vergi Yargılaması Bakımından Gerekçeli Karar Hakkı”, *Anayasa Yargısı*, 39(2), 2022, s. 56- 60.

¹⁴⁶ Çağan, *Vergilendirme Yetkisi*, s. 172; Nihal Saban, *Vergi Hukuku*, 12. Bası, Beta Yayınları, 2022, s. 55; Akdoğan, *Vergi Hukuku*, s. 5; Karakoç, *Kamu Maliyesi*, s. 144; Karakoç, *Anayasal Vergilendirme*, s. 1297, 1298; İsmail Türk, *Kamu Maliyesi*, Gözden Geçirilmiş 2. Bası, Turhan Kitabevi, 1996, s. 117; Andy Lyman/ Lynne Oats, *Taxation: Policy and Practice*, 24. Bası, Fiscal Publications, 2017, s. 63; Tekbaş, *Vergi Kanunlarının*, s. 126, 134; Taylar/ Gök/ Demirbaş Aksüt/ Artun, s. 14-20, 68-71; Coşkun Can Aktan, “Anayasal İktisat ve Vergileme- de Hukuki Güvenlik İlkesi”, *Hukuk ve İktisat Araştırmaları Dergisi*, 9(2), 2017, s. 104.

¹⁴⁷ Aynı yönde bkz.; Taylar/ Gök/ Demirbaş Aksüt/ Artun, s. 145.

bir unsurunun göz ardı edilmesidir. Anayasa Mahkemesinin kanun koyucu tarafından çıkarılan düzenlemeleri denetlerken gerçekleştirdiği yorumlama faaliyeti yargı organını yasama organının üstüne çıkarmamaktadır. Aksine bu faaliyet ile Mahkeme hukukun üstünlüğünü sağlamak için kendisine Anayasa ile verilmiş olan anayasal ilkeleri ortaya koyma ve bu ilkelere işlerlik kazandırma görevini yerine getirmektedir¹⁴⁸.

Anayasal vergilendirme ilkelerini fiilî olarak etkili hale getiren Anayasa Mahkemesinin, ek vergilere ilişkin düzenlemelerin denetiminde bu ilkeleri etkin bir biçimde ele almaması, ilerleyen dönemlerde ortaya çıkabilecek benzer düzenlemeler bakımından hukukî güvenliğin sağlanması hususunda sakıncaları beraberinde getirecektir¹⁴⁹.

SONUÇ

Türkiye’de acil finansman ihtiyacı duyulan dönemlerde ek vergilendirme yoluna sıklıkla başvurulmuştur. Bu dönemlerde aranan kaynak gerek yeni vergilerin ihdası gerek yürürlükte olan vergilerde birtakım artışlar gerekse de aynı verginin tekrar tahsili gibi yöntemler ile sağlanmaya çalışılmıştır. Ek motorlu taşıtlar vergisi de bu dönemlerde uygulamaya konulan ek yükümlülüklerden biri olmuştur.

1999 Gölcük ve Düzce depremleri ile 2023 Kahramanmaraş depremlerinin ardından ve 2003 yılında faiz dışı fazla hedefini yakalamak için getirilen ek motorlu taşıtlar vergisi düzenlemeleri Anayasa’ya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesinin önüne gelmiştir. Anayasa Mahkemesi de bu düzenlemeleri gerekçeleri ile birlikte ele almış ve geniş çaplı etki yaratan deprem gibi olağanüstü felaketlerin ardından getirilen ek motorlu taşıtlar vergisinde kamu yararının varlığını kabul ederken ekonomik nedenlerle getirilen ek motorlu taşıtlar vergisini Anayasa’ya aykırı bularak iptal etmiştir.

Anayasa Mahkemesi ek motorlu taşıtlar vergilerine yönelik kararlarında çeşitli vergilendirme ilkeleri ile ilgili ayrıntılı hukukî değerlendirmelerde bulunma imkânı elde etmiş; ancak bu ilkelere ilişkin kapsamlı bir çerçeve çizmekten kaçınmıştır. Bu doğrultuda incelenen bütün ek motorlu taşıtlar vergisi düzenlemelerinin geçmişe yürütülmüş olması karşısında bu husus gerekçeli kararlarda değerlendirme alanı bulamamıştır. Malî güce göre

¹⁴⁸ İlhan Arsel, *Anayasa Hukuku (Demokrasi)*, Değişikliklerle 2. Bası, Sıralar Matbaası, 1968, s. 232; Ertaş, s. 376; Gerek/Aydın, s. 19, 20.

¹⁴⁹ Yılmaz Furtuna, s. 446.

vergileendirme, vergi yükünün adaletli dağılımı, hukukî güvenlik, belirlilik, öngörülebilirlik ile ölçülülük ilkeleri ise yetersiz bir biçimde, yalnızca Mahkemenin nihaî kararına gerekçe olacak yönleri ile ele alınmıştır.

Anayasa kişilerin temel hak ve özgürlüklerinin güvence altına alındığı hukukî metindir. Aslı görevi kanunların Anayasa'ya uygunluğunu denetlemek olan Anayasa Mahkemesinin, birçok temel hak ve özgürlüklere müdahalenin kolaylıkla söz konusu olabildiği vergileendirme gibi bir alanda anayasal ilkeleri yorumlamak ve uygulamaktan kaçınması, Türk Vergi Hukukunun temel ilkelerinin yerleşmesindeki olumlu katkılarını gölgelemektedir. Mahkeme'nin bu yaklaşımı anayasal vergileendirme ilkelerinin kapsamının açık bir şekilde görülebilmesini engelleyen ve Anayasa Mahkemesi kararlarının vergi hukukunun kaynağı olma yönünü zayıflatan bir yaklaşım teşkil etmektedir.

KAYNAKÇA

- 06/02/2023 Tarihinde Meydana Gelen Depremlerin Yol Açtığı Ekonomik Kayıpların Telafisi için Ek Motorlu Taşıtlar Vergisi İhdası ile Bazı Kanunlarda ve 375 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Teklifi ile Plan ve Bütçe Komisyonu Raporu (2/1264), Yasama Dönemi: 28, Yasama Yılı: 1, Sıra Sayısı: 33, <<https://cdn.tbmm.gov.tr/KKBSPublicFile/D28/Y1/T2/DosyaKomisyonRaporunuVerdi/5b18df5f-6a85-4771-b13c-76a5e4701241.pdf>>, Erişim Tarihi 15 Aralık 2023.
- 7456 sayılı Kanunun İnci Maddesiyle İhdas Edilen Ek Motorlu Taşıtlar Vergisine İlişkin Genel Tebliğ (Seri No:1) 5. md/3. f.; Ek MTV İstisna Talep Formu, <<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2023/07/20230728-7-1.pdf>>, Erişim Tarihi 14 Aralık 2023.
- AFAD Deprem Dairesi Başkanlığı: 06 Şubat 2023 Kahramanmaraş (Pazarcık ve Elbistan) Depremleri Saha Çalışmaları Ön Değerlendirme Raporu, 24.02.2023, <https://deprem.afad.gov.tr/assets/pdf/Arazi_Onrapor_28022023_surum1_revize.pdf>,Erişim Tarihi 10 Ekim 2023.
- Akdoğan A, “Ek veya Geçici Nitelikteki Vergi Uygulamalarından, Sürekliliği Olan Vergi Düzenlemelerine”, *Yaklaşım*, 8(96), 2000, s. 27-32.
- Akdoğan A, *Kamu Maliyesi*, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 23. Bası, Gazi Kitabevi, 2023.
- Akdoğan A, *Vergi Hukuku ve Türk Vergi Sistemi*, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 16. Bası, Gazi Kitabevi, 2023.
- Aker H/ Kangal Z T (Ed.), *Prof. Dr. Doğan Şenyüz’e Armağan*, Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2023.
- Akkaya M, “Vergi Aslı ve Fer’ileri Bakımından Geriye Yürümezlik Esası: “Haklılık Ölçütü Üzerine Değerlendirmeler””, Billur Yaltı (Ed.), *Vergi Hukukunda Geriye Yürümezlik Esası*, Beta, 2011, s. 113-124.
- Aktan C C, “Anayasal İktisat ve Vergilemede Hukuki Güvenlik İlkesi”, *Hukuk ve İktisat Araştırmaları Dergisi*, 9(2), 2017, s. 101-116.
- Aliefendioğlu Y, *Anayasa Yargısı ve Türk Anayasa Mahkemesi*, Yetkin

Yayımları, 1996.

Ambraseys N N / Finkel C, (Çeviren: Müzeyyen Umur Koçak), *Türkiye’de ve Komşu Bölgelerde Sismik Etkinlikler: Bir Tarihsel İnceleme*, TÜBİTAK Yayınları, 2006.

Arsel İ, *Anayasa Hukuku (Demokrasi)*, Değişikliklerle 2. Bası, Sıralar Matbaası, 1968.

Arslan R / Yılmaz E / Taşpınar Ayvaz S / Hanağası E, *Medenî Usul Hukuku*, 6. Bası, Yetkin Yayınları, 2020.

Aslanpınar Y B, “Anayasa Mahkemesi’nin Vergi ve Benzeri Mali Yükümlülüklerle İlişkin Kararlarında Kamu Yararı Ölçütü”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 104, 2013, s. 299-320.

Babüroğlu S, *Deprem ve Devlet*, TBMM Vakfı Ofset, 1998.

Başaran Yavaşlar F, “Hukuki Güvenlik İlkesinin Bir Alt İlkesi Olarak Vergi Hukukunda Yasallık İlkesi”, Ece Göztepe (Ed.), *Hukuk Güvenliği-Kamu Hukukçuları Platformu*, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2013, s. 189-238.

Başaran Yavaşlar F, “Vergilendirme Yoluyla Temel Hak ve Özgürlüklere Müdahalede Sınır”, İlhan ULUSAN/Bahri Öztürk (Ed.), *Kamu Hukuku, Özel Hukuk ve Ceza Hukuku Alanlarında Kamunun Önderliği ve Bireysel Özerklik Sempozyumu*”, Seçkin Yayıncılık, 2009, s. 147-202.

BBC, “6 Şubat’taki depremlerde can kaybı 50 bin 500’e yükseldi”, 14.04.2023, <<https://www.bbc.com/turkce/articles/c51kdvd8d15jo>>, Erişim Tarihi 10 Ekim 2023.

Bibbee A / Gönenç R / Jacobs S / Konvitz J / Price R, *Economic Effects of the 1999 Turkish Earthquakes: An Interim Report*, OECD Economic Department Working Papers No. 247, OECD, 2000.

BigPara Hürriyet, “Ek Motorlu Taşıtlar Vergisi İptal”, 24.07.2003; <https://bigpara.hurriyet.com.tr/haberler/genel-haberler/ek-motorlu-tasitlar-vergisi-iptal_ID461945/>, Erişim Tarihi 11 Aralık 2023.

BigPara Hürriyet, “Ek Vergi Genişleyip Geliyor”, 25.07.2003, <<https://>

bigpara.hurriyet.com.tr/haberler/ekonomi-haberleri/ek-vergi-genisleyip-geliyor_ID462109/>, Erişim Tarihi 13 Aralık 2023.

Bodin J, (Çeviren: M.J. Tooley), *Six Books of the Commonwealth*, Basil Blackwell Oxford, 1967.

Chico A (Ed.), *5th International Artemis Congress on Humanities and Social Sciences Proceedings Book*, BZT Akademi Yayınevi, 2023.

Çağan N, “Demokratik Sosyal Hukuk Devletinde Vergilendirme”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 37(1), 1980, s. 129-151.

Çağan N, *Vergilendirme Yetkisi*, Kazancı Hukuk Yayınları, 1982.

Darıcı H, “Faiz Dışı Fazla Niçin Yeterli Olmuyor?”, *Maliye Dergisi*, 146, 2004, s. 58-68.

Doğru D, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Yargılamasında Takdir Marjî Doktrini*, Turhan Kitabevi, 2019.

Duke TWD, “Retroactive Taxation”, *Virginia Law Register*, 9(4), 1923, s. 256-265.

Ekonomik Denge İçin Yeni Vergiler İhdası İle Bazı Vergi Kanunlarında Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Tasarısı ve Plan ve Bütçe Komisyonu Raporu (1/681), Dönem: 19, Yasama Yılı: 3, Sıra Sayısı: 648, <<https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d19/c058/tbmm19058092ss0648.pdf>>, Erişim Tarihi 12 Aralık 2023.

Erem F, *Diyalektik Açısından Ceza Yargılaması Hukuku*, 6. Bası, Yetkin Yayınları, 1986.

Eren A, “Hukuki Yorum Yöntemleri Açısından Bireysel Başvuru Kararlarının Anayasa Yorumuna Etkileri”, *Anayasa Yargısı*, 32(1), 2016, s. 231-301.

Ertaş T, *Kuvvetler Ayrılığı İlkesi Bağlamında Yasama Yürütme ve Yargı Organları Arasındaki Modern İlişkiler*, 4. Bası, Seçkin Yayıncılık, 2024.

Feyzioğlu B N, “Bütçede Genellik (Umumiyet) İlkesi”, *Maliye Araştırma Merkezi Konferansları*, 9, 1963, s. 145-159.

- GazeteOksijen, “Dezenformasyonla Mücadele Merkezi: 2024’te İkinci Bir Ek MTV İçin Bakanlığın Çalışması Yok”, 02.01.2024, <<https://gazeteoksijen.com/ekonomi/dezenformasyonla-mucadele-merkezi-2024te-ikinci-bir-ek-mtv-icin-bakanligin-calismasi-yok-198741>>, Erişim Tarihi 07 Mart 2024.
- Gelauff G/ Grilo I/ Lejour A (Ed.), *Subsidiarity and Economic Reform*, Springer, 2008.
- Gelir İdaresi Başkanlığı, Basın Bülteni, 24.10.2011, <http://www.gib.gov.tr/fileadmin/user_upload/BasinBultenleri/24102011basinbulteni_2.htm>, Erişim Tarihi 11 Aralık 2023.
- Gelir İdaresi Başkanlığı, Kahramanmaraş İlinde Meydana Gelen Depremden Etkilenen Sivas İli Gürün İlçesinde İlan Edilen Mücbir Sebep Duyurusu, 21.02.2023, <<https://www.gib.gov.tr/kahramanmaras-ilinde-meydana-gelen-depremden-etkilenen-sivas-ili-gurun-ilcesinde-ilan-edilen-mucbir>>, Erişim Tarihi 13 Aralık 2023.
- Gelir İdaresi Başkanlığı, Kahramanmaraş İlinde Meydana Gelen Depremden Etkilenen Sivas İli Gürün İlçesinde İlan Edilen Mücbir Sebep Duyurusu, 21.02.2023, <<https://www.gib.gov.tr/kahramanmaras-ilinde-meydana-gelen-depremden-etkilenen-sivas-ili-gurun-ilcesinde-ilan-edilen-mucbir>>, Erişim Tarihi 13 Aralık 2023.
- Gerek Ş / Aydın A R, *Anayasa Yargısı ve Vergi Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, 2005.
- Gil M / Atria J, “Fiscal Aftershocks: Taxes and Catastrophes in Chilean History”, *Journal of Iberian and Latin American Economic History*, 40(2), 2021, s. 273-311.
- Gökcan H T, “Bireysel Başvuruda İkincillik İlkesi ve Denetim Yetkisinin Sınırları Sorunu”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 30(135), 2018, s. 9-76.
- Gözler K, “Olağanüstü Hal Rejimlerinde Özgürlüklerin Sınırlandırılması Sistemi ve Olağanüstü Hal Kanun Hükmünde Kararnamelerin Hukuki Rejimi”, *Ankara Barosu Dergisi*, 4, 1990, s. 561-590.

- Göztepe E (Ed.), *Hukuk Güvenliği- Kamu Hukukçuları Platformu*, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2013.
- Gribnau H / Pauwels M (Ed.), *Retroactivity of Tax Legislation*, EATLP/IBFD, 2013.
- Gümüşkaya G, “Vergi Yargılaması Bakımından Gerekçeli Karar Hakkı”, *Anayasa Yargısı*, 39(2), 2022, s. 35-82.
- Güneş G, *Verginin Yasallığı İlkesi*, 2. Bası, On İki Levha Yayıncılık, 2008.
- Harada H, “The Great East Japan Earthquake ad Fiscal Measures”, *The Senshu Social Well-being Review*, 1(1), 2015, s. 45-68.
- Hayrulloğlu B, “Türkiye’de Deprem Harcamalarının Finansmanı Amacıyla Yürürlüğe Konulan Vergilerin İncelenmesi”, *Mehmet Akif Ersoy Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, 9(1), 2022, s. 102-120.
- İnneci A, “Hukuki Güvenlik İlkesi Bakımından Ek Vergi Düzenlemeleri”, Amelie Chico (Ed.), *5th International Artemis Congress on Humanities and Social Sciences Proceedings Book*, BZT Akademi Yayınevi, 2023, s. 200-212.
- Kahramanmaraş Merkezli Depremlerin Sonuçlarının Tüm Yönleriyle Araştırılması, Depreme Dirençli Yapı Stokunun Oluşturulması ve Kentsel Dönüşüm Uygulamalarının Etkinliğinin Artırılması İçin Alınması Gereken Tedbirlerin Belirlenmesi Amacıyla Kurulan Meclis Araştırması Komisyonu Raporu, Mayıs 2023, Yasama Dönemi: 27, Yasama Yılı: 6, Sıra Sayısı: 449, <<https://cdn.tbmm.gov.tr/KKBSPublicFile/D27/Y6/T10/DosyaKomisyonRaporunuVerdi/165734cc-0d4f-4030-863d-b278567c0a55.pdf>>, Erişim Tarihi 10 Ekim 2023.
- Kaneti S/ Ekmekci E/ Güneş G/ Kaşıkçı M, *Vergi Hukuku*, 2. Bası, Filiz Kitabevi, 2022.
- Karaçor Z, “Öğrenen Ekonomi Türkiye: Kasım 2000-Şubat 2001 Krizinin Öğrettikleri”, *Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, 16, 2006, s. 379-391.
- Karakoç Y, “Anayasal Vergilendirme İlkeleri Üzerine Bir Değerlendirme”,

Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 15(Özel S.), 2013, s. 1259-1308.

Karakoç Y, “Ek Kurumlar Vergisinin Anayasaya Uygunluğu Meselesi”, *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, 22, 2023, s. 47-86.

Karakoç Y, “Yargı Kararlarının Dili ve Gerekçesi”, Hayrettin Ökçesiz (Ed.), *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi 16. Kitap - Hukuka Felsefi ve Sosyolojik Bakışlar – III Sempozyumu Bildirileri*, İstanbul Barosu Yayınları, 2007, s. 275-282.

Karakoç Y, *Genel Vergi Hukuku*, 2. Bası, Yetkin Yayınları 2019.

Karakoç Y, *Kamu Maliyesi*, Düzeltilmiş ve Düzenlenmiş 3. Bası, Yetkin Yayınları, 2023.

Karakoç Y, *Sosyal Maliye*, 2. Bası, Yetkin Yayınları, 2021.

Karakoç Y, *Türk Hukuku'nda Vergi Kanunlarının Anayasaya Uygunluğunun Yargısal Denetimi*, 1998 Tarihli Çoğaltmadan Tıpkı Bası, Yetkin Yayınları, 2017.

Karan U, *Öğretide ve Uygulamada Anayasa Mahkemesi Kararlarının Bağlayıcılığı ve İcrası*, On İki Levha Yayıncılık, 2018.

Keen M / de Mooij R, “Tax Policy and Subsidiarity in the European Union”, George Gelauff/Isabel Grilo/ Arjan Lejour (Ed.), *Subsidiarity and Economic Reform*, Springer, 2008, s. 219-242.

Kumrulu A G, “Mali Denge Vergisi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 33(1), 1976, s. 49-62.

Kumrulu A G, “Vergi Hukukunun Birkısım Anayasal Temelleri”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 36(1), 1979, s. 147-162.

Lehner M, (Çeviren: Özgecan Gök), “Dönemsel Vergilendirme Işığında Geçmişe Yürüme Sorunu”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 16 (Özel Sayı-Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan), 2014, s. 3741-3757.

Lymar A/ Oats L, *Taxation: Policy and Practice*, 24. Bası, Fiscal Publications, 2017.

Millet Meclisi Tutanak Dergisi, Dönem: 3, Cilt: 2, Toplantı:3, 29’uncu Birleşim, 17.01.1972, <https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/MM__d03/c002/mm__03002029.pdf>, Erişim Tarihi 10 Ekim 2023.

Neumark F, (Çeviren: Sabri Fehmi Ülgener), *Maliyeye Dair Tetkikler*, 4. Bası, İsmet Akgün Matbaası, 1951.

New Zealand Inland Revenue, “Canterbury earthquake-related measures”, <<https://www.taxpolicy.ird.govt.nz/publications/2012/2012-sr-earthquake-measures/overview-0>>, Erişim Tarihi 11 Ekim 2023.

NTV, “Bakan Şimşek Açıkladı: 2024 Yılında Ek MTV Ödemesi Devam Edecek Mi?”, 04.03.2023, <<https://www.ntv.com.tr/ekonomi/bakan-simsek-acikladi-2024-yilinda-ek-mtv-odemesi-devam-edecek-mi,Aya24Mg9FU6h1WjvFd1opQ>>, Erişim Tarihi 07.03.2024).

NTV, “Kahramanmaraş depremlerinin ardından 38 bin artçı sarsıntı gerçekleşti”, 26.05.2023, <https://www.ntv.com.tr/turkiye/kahramanmaraş-depremlerinin-ardından-38-bin-artci-sarsinti-gerceklesti,055dNI42_k-8Td7GCX06w>, Erişim Tarihi 10 Ekim 2023.

NTV, “Maliye Bakanı Unakıtan ek taşıt vergisi konusunda NTV’den Celal Pir’in Sorularını Yanıtladı”, 24.07.2003, <<http://arsiv.ntv.com.tr/news/225936.asp>>, Erişim Tarihi 13 Aralık 2023.

Oder B E, “Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuruda İlk Evre: Sınırlar, Sorunlar ve Yeni İçtihat”, *Güncel Hukuk Dergisi*, 117, 2013, s 14-19.

Ökçesiz H (Ed.), *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi 16. Kitap - Hukuka Felsefi ve Sosyolojik Bakışlar – III Sempozyumu Bildirileri*, İstanbul Barosu Yayınları, 2007.

Öncel M / Kumrulu A / Çağan N / Göker C, *Vergi Hukuku*, Gözden Geçirilmiş Güncelleştirilmiş 32. Bası, Turhan Kitabevi, 2023.

Pampal S / Özmen B, *Türkiye’nin Deprem Gerçeği: Deprem Bölgeleri Haritaları ve Deprem Yönetmeliklerinin Tarihsel Gelişimi*, Ümit Ofset Matbaacılık, 2007.

Pauwels M R T, “Retroactive and Retrospective Tax Legislation: A Principle-

Based Approach; A Theory of ‘Priority Principles of Transitional Law’ and ‘the Method of the Catalogue of Circumstances’”, Hans Gribnau & Melvin Pauwels (Ed.), *Retroactivity of Tax Legislation*, EATLP/IBFD, 2013, s. 95-116.

Pauwels M R T, (Çeviren: Gamze Gümüşkaya), “Vergi Yasalarının Geriye Yürümesi; Hollanda Hukuku’nda Yer Alan Anayasal, Yargısal ve Öz-Denetimsel Sınırlamalar”, (Ed.) Billur Yaltı, *Vergi Hukukunda Geriye Yürümezlik Esası*, Beta, 2011, s. 59-85.

Saban N, *Vergi Hukuku*, 12. Bası, Beta Yayınları, 2022.

Saraçoğlu F, *Anayasa Mahkemesinin Vergiye İlişkin Kararlarında Kamu Yararı*, Seçkin Yayıncılık, 2014.

Sarıcaoğlu E / Arıkan A, “Gerçek Olmayan Geçmişe Yürüme v.s. Haklı Beklentilerin Korunması İlkesi: 7194 Sayılı Kanun Örneği Üzerinden Bir Değerlendirme”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 29(2), 2021, s. 1501-1540.

Seviğ V, “Vergi Yasalarında Geriye Yürümezlik Sorunu”, *Prof. Dr. Adnan Tezel’e Armağan*, Marmara Üniversitesi Maliye Araştırma ve Uygulama Merkezi, 2000, s. 417-423.

Sır O, *Hukuk Devleti Açısından Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Denetimi*, Adalet Yayınevi, 2011.

Şengör A M C, *İstanbul Depremi - Söyleşi: Sefa Kaplan*, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 2006.

Şenyüz D / Yüce M / Gerçek A, *Vergi Hukuku*, 13. Bası, Ekin Basın Yayın Dağıtım, 2022.

T.B.M.M. Tutanak Dergisi, Dönem: 22, Cilt: 11, Yasama Yılı: 1, 60’ıncı Birleşim, 02.04.2003, <<https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d22/c011/tbmm22011060.pdf>>, Erişim Tarihi 11 Ekim 2023.

T.B.M.M. Tutanak Dergisi, Dönem: 22, Cilt: 25, Yasama Yılı: 1, 112’nci Birleşim, 29.07.2003, <<https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d22/c025/tbmm22025112.pdf>>, Erişim Tarihi 11

Ekim 2023.

T.C. Hazine ve Maliye Bakanlığı, “Aralık 2023 Bütçe Gerçekleşmeleri (Gelir)”, <<https://www.hmb.gov.tr/aralik-2023-butce-gerceklesmeleri>>, Erişim Tarihi 07 Mart 2024.

T.C. Hazine ve Maliye Bakanlığı, “Aylık Bütçe Gerçekleşme Raporu – Haziran 2023”, s. 1, <<https://ms.hmb.gov.tr/uploads/2023/07/2023-Haziran-Aylık-Butce-Gerceklesme-Raporu-1.pdf>>, Erişim Tarihi 14 Haziran 2024.

T.C. Hazine ve Maliye Bakanlığı, “Ocak 2024 Bütçe Gerçekleşmeleri (Gelir)”, <<https://www.hmb.gov.tr/ocak-2024-butce-gerceklesmeleri>>, Erişim Tarihi 07 Mart 2024.

T.C. Hazine ve Maliye Bakanlığı, Bakanlık Açıklaması, 25.01.2020, <<https://www.hmb.gov.tr/haberler/bakanlik-aciklamasi>>, Erişim Tarihi 11 Aralık 2023.

T.C. Hazine ve Maliye Bakanlığı, Basın Açıklaması, 07.02.2023, <<https://www.hmb.gov.tr/haberler/basin-aciklamasi-07-02-2023>>, Erişim Tarihi 13 Aralık 2023.

T.C. Hazine ve Maliye Bakanlığı, Basın Açıklaması, 16.07.2023, <<https://www.hmb.gov.tr/haberler/basin-aciklamasi-16-temmuz-2023>>, Erişim Tarihi 12 Aralık 2023.

Tasarrufların Teşviki ve Kamu Yatırımlarının Hızlandırılması Hakkında Kanunun, Özelleştirme Uygulamalarının Düzenlenmesine ve Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun, Asker Ailelerinden Muhtaç Olanlara Yardım Hakkında Kanunun, Futbol Müsabakalarında Müşterek Bahisler Tertibi Hakkında Kanunun, Gecekondu Kanununun, Sağlık Hizmetleri Temel Kanununun ve Ödeme Güçlüğü İçinde Bulunan Bankerlerin İşlemleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi ve Yürürlükten Kaldırılması ile Bazı Tekel Maddeleri Fiyatlarına Yapılan Zamlardan Elde Edilen Hâsılatın T.C. Merkez Bankasında Açılacak Bir Deprem Fonu Hesabında Toplanmasına Dair Kanunun Yürürlükten Kaldırılması Hakkında Kanun Tasarısı ve Plan ve Bütçe Komisyonu Raporu (1/645) Genel Gerekçesi, Dönem: 21, Yasama Yılı: 2, TBMM

Sıra Sayısı: 395, < <https://cdn.tbmm.gov.tr/KKBSPublicFile/D21/Y2/T1/DosyaKomisyonRaporunuVerdi/9c17607c-6e31-4670-a070-451ca2398936.htm>>, Erişim Tarihi 20 Ekim 2023.

Taylar Y / Gök Ö / Demirbaş Aksüt B / Artun E S, *Mükellef Haklarının Korunması Bakımından Hukukî Güvenlik İlkesi*, On İki Levha Yayıncılık, 2020.

Taylar Y, “Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Vergi Hukukunda Hukuki Güvenlik İlkesi”, *Vergi Dünyası*, 307, 2007, s. 196-214.

Taylar Y/ Artun E S, “Anayasal Vergilendirme İlkeleri Bakımından Ek Motorlu Taşıtlar Vergisi”, Halit Aker/ Zeynel T. Kangal (Ed.), *Prof. Dr. Doğan Şenyüz’e Armağan*, Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2023, s. 447-475.

Taymaz T, “Sunuş”, N.N. Ambraseys& C.F. Finkel (Yazarlar), *Türkiye’de ve Komşu Bölgelerde Sismik Etkinlikler*, TÜBİTAK Yayınları, 2006, s. V-VI.

Tayşi İ, “Afetler Fonu”, *İller ve Belediyeler Dergisi*, 339, 1974, s. 11-18.

Tekbaş A, “Vergi Kanunlarının Tabii Olduğu Anayasal İlkeler”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 12(Özel S.), 2010, s. 123-191.

Tekbaş A, *Vergi Kanunlarının Anayasaya Uygunluğunun Yargısal Denetimi*, T.C. Maliye Bakanlığı Strateji Geliştirme Başkanlığı, 2009.

Teziç E, “Kanunların Anayasaya Uygunluğunun “Esas” Açısından Denetimi”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 51(1-4), 1985, s. 23-43.

Topçu K M, *Vergi Hukuku Özelinde Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru*, Yetkin Yayıncılık, 2020.

Tosik Dinç F, “Türk Basınına Göre 19 Ağustos 1966 Varto Depremine Yapılan Dış Yardımlar”, *Gaziantep University Journal of Social Sciences*, 22(1), 2023, s. 201-222.

Türk İ, *Kamu Maliyesi*, Gözden Geçirilmiş 2. Bası, Turhan Kitabevi, 1996.

Uçar O / Tosun C, ““Deprem Vergisi” Söyleminin Teorik ve Hukuksal Açından İncelenmesi”, *International Journal of Economics, Politics, Humanities*

& *Social Sciences*, 6(4), 2023, 265-274.

Ulusan İ/ Öztürk B (Ed.), *Kamu Hukuku, Özel Hukuk ve Ceza Hukuku Alanlarında Kamunun Önderliği ve Bireysel Özerklik Sempozyumu*, Seçkin Yayıncılık, 2009.

Üstün Ü S, “Vergi Hukuku ile İlgili Anayasal İlkeler”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 11(1-2), 2003, s. 251-271.

von Borries R / Hauschild M, “Implementing the Subsidiarity Principle”, *Columbia Journal of European Law*, 5(3), 1999, s. 369-388.

Yaltı B (Ed.), *Vergi Hukukunda Geriye Yürümezlik Esası*, Beta, 2011,

Yaltı Soydan B, “Mülkiyet Hakkı versus Vergilendirme Yetkisi: İnsan Hakları Avrupa Mahkemesine Göre Mülkiyet Hakkına Müdahalenin Sınırı”, *Vergi Dünyası*, 227, 2000, s. 103-114.

Yılmaz E, *Hukuki Güvenlik İlkesinin Bir Gereği Olarak Vergi Hukukunda Geriye Yürümezlik İlkesi*, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayımlanmamış Doktora Tezi, 2014.

Yılmaz Furtuna E, “Olağanüstü Yönetim Usullerinde Vergilendirme Yetkisinin Hukuki Sınırları ve Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 25(3), 2021, s. 429-470.

Hukuk Fakültesi Dergisi

Ankara Hacı Bayram Veli University
Faculty of Law Review

ISSN: 2651-4141 e-ISSN: 2667-4068

Cilt / Volume XXVIII Temmuz / July 2024 Sayı / No. 3

SESSİZ KALMA NEDENİYLE HAK KAYBININ MARKA HAKKINA TECAVÜZ SUÇU AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

EVALUATION OF LOSS OF RIGHT DUE TO SILENCE IN
TERMS OF CRIME OF TRADEMARK INFRINGEMENT

Taha GÜLER*  

ÖZET

Sınai Mülkiyet Kanunu'nun 30/1. maddesinde düzenlenen marka hakkına tecavüz suçunu konu alan bazı yargılamalar, SMK'nin 25/6. maddesine atfla marka sahibinin sessiz kalma nedeniyle hak kaybına dayalı rızasının bulunduğu gerekçesiyle, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 223/2-(a) maddesi üzerinden beraatle sonuçlanmıştır. Beraat kararlarında marka hakkına tecavüz suçunun maddi unsurlarının varlığı ile marka sahibinin rızası belirtilmesine rağmen CMK'nin 223/2-(a) maddesine göre verilen bu kararlar eleştiriye açıktır. Bu kararlardan bir kısmı istinaf incelemesinden geçerken, ilgilinin rızasına yer veren Türk Ceza Kanunu'nun 26/2. maddesi ile beraat hallerinden birini düzenleyen CMK'nin 223/2-(d) maddesinin süzgecinden geçirilmiş ve hukuka aykırılığın düzeltilmesiyle sonuçlanmıştır. Fakat ilgilinin rızası marka hakkına tecavüz suçu bağlamında sessiz kalma nedeniyle hak kaybı üstünden değerlendirilirken, bu hukuka uygunluk nedeninin maddi şartlarının detaylı şekilde incelenmesi gerekmektedir. İncelemenin sonucu ise sessiz kalma nedeniyle hak kaybının ilgilinin rızasının şartlarından bir kısmını sağlamadığını ortaya koymakta olup bu yönüyle istinaf mahkemesi kararları da eleştiriye açık hale gelmektedir. Neticede bütün bu kararlar çalışmamızda eleştirel yönden ele alındıktan sonra marka hakkına tecavüz suçu açısından sessiz kalma nedeniyle hak kaybı farklı bakış

* Av, Ankara 1 Nolu Barosu/ANKARA, E-posta: av.tahaguler@gmail.com ORCID: 0009-0007-9146-0764, DOI: 10.34246/ahbvuhfd.1427870.

- Atıf Şekli/ **Cite As:** Güler T, "Sessiz Kalma Nedeniyle Hak Kaybının Marka Hakkına Tecavüz Suçu Açısından Değerlendirilmesi", *AHBVÜ Hukuk Fakültesi Dergisi*, 28(3), 2024, s.565-606.
- İntihal / **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.*



açılılarıyla ele alınacaktır.

Anahtar Kelimeler: *Marka hakkına tecavüz suçu, Sessiz kalma nedeniyle hak kaybı, Suçun unsurları, İlgilinin rızası, Hata.*

ABSTRACT

Some trials regarding the crime of trademark infringement regulated in Article 30/1 of the Industrial Property Law, they resulted in an acquittal based on Article 223/2-(a) of the Criminal Procedure Law on the grounds that the trademark owner had consent based on loss of right due to silence with reference to Article 25/6 of the IPL. Although the existence of the material elements of the crime of trademark infringement and the consent of the trademark owner are stated in the acquittal decisions, these decisions based on Article 223/2-(a) of the CPL is open to criticism. While some of these decisions were undergoing appeal review, they were filtered through Article 26/2 of the Turkish Penal Law which includes the consent of the person concerned and Article 223/2-(d) of the CPL which regulates one of the cases of acquittal and resulted in the correction of the unlawfulness. However; loss of right due to silence does not meet some of the conditions of the consent of the person concerned, and in this respect, these decisions of the court of appeal become open to criticism. As a result, the loss of right due to silence in terms of the crime of trademark infringement will be discussed from different perspectives.

Keywords: *Crime of trademark infringement, Loss of right due to silence, Elements of crime, Consent of person concerned, Error.*

EXTENDED ABSTRACT

The crime of trademark infringement is regulated in Article 30 of the Industrial Property Law at the Turkish Law. Loss of right due to silence is regulated in Article 25/6 of the Industrial Property Law in terms of civil trials regarding trademark invalidity. Some trials regarding the crime of trademark infringement regulated in Article 30/1 of the Industrial Property Law, they resulted in acquittal decisions based on Article 223/2-(a) of the Criminal Procedure Law, on the grounds that the trademark owner had consent based on loss of right due to silence with reference to Article 25/6 of the Industrial Property Law. The consent of the person concerned, which is a reason for compliance with the law, is regulated in Article 26/2 of the Turkish Penal Law, and the presence of a reason for compliance with the law in the event, which is one of the situations in which acquittal decision will be given, is regulated in Article 223/2-(d) of the Criminal Procedure Law. The act charged is not defined as a crime in the law and there are no material elements of the crime in this context, which is another situation in which an acquittal decision will be given, is regulated on Article 223/2- (a) of the Criminal Procedure Law. In the light of these regulations, although the existence of the material elements of the crime of trademark infringement and the consent of the trademark owner are stated in the acquittal decisions in question, the fact that

these decisions based on Article 223/2-(a) of the Criminal Procedure Law are open to criticism from legal perspective. Actually, if the charged act carries the material elements of the relevant crime, it is not possible for the perpetrator who committed this act to be acquitted based on Article 223/2-(a) of the Criminal Procedure Law. While some of these decisions were undergoing appeal review, they were filtered through Article 26/2 of the Turkish Penal Law and Article 223/2-(d) of the Criminal Procedure Law. As a result, the above-mentioned critical issues regarding the acquittal decisions were also taken into consideration in the decisions of the court of appeal, resulting in the correction of the illegality through Article 26/2 of the Turkish Penal Law and Article 223/2-(d) of the Criminal Procedure Law. But these acquittal decisions given by the court of appeal after correction gave rise to another problem because the loss of right due to silence does not meet some of the conditions of the consent of the person concerned. As one of the conditions for the consent of the person concerned, the current legal order may make the disclosure of consent contingent on the fulfillment of certain procedural conditions in order to attribute legal value to the consent of the person concerned. In Article 148/1 of the Industrial Property Law, it is regulated that the registered trademark can be transferred, be subject to license or be the subject of other legal proceedings. The validity of legal proceedings related to the registered trademark, other than the proceeding of transfer subject to Notary approval, is subject to the written form requirement in accordance with Article 148/4 of the Industrial Property Law. Based on all these regulations, in order for a registered trademark to be used by third parties, the consent to be expressed by the relevant owner of the registered trademark will need to be clearly declared, at least in accordance with the written form requirement. Therefore, these decisions of the court of appeal based on Article 223/2-(d) of the Criminal Procedure Law are open to criticism from legal perspective. Despite the existence of all these critical issues, if the exception for loss of right due to silence is to be persistently applied in trials involving the crime of trademark infringement, the loss of right due to silence in terms of the crime of trademark infringement will be discussed from different perspectives. In this context, the first perspective is that the loss of rights due to silence in terms of trademark infringement should be evaluated according to Article 30/1 of the Turkish Penal Law, which regulated error in the material conditions of reason for compliance with the law. Other perspectives are that the loss of rights due to silence in terms of trademark infringement should be evaluated according to the aim of the legislator taking into account the provisions of the Industrial Property Law regarding trademark law as a whole and taking into account Article 1 of the Turkish Penal Law which regulated prevent the commission of a crime which is among the functions of criminal law. As a result, in our study, the critical issues arising from the court decision will be discussed and our proposal will be put forward by looking at the problem from different perspectives.

GİRİŞ

Sınai Mülkiyet Kanunu'nun 30/1. maddesinde yer alan marka hakkına tecavüz suçunu konu alan kimi yargılamalar, Sınai Mülkiyet Kanunu'nun 25/6. maddesine atıf yapılarak marka sahibinin sessiz kalma nedeniyle hak kaybına dayalı rızasının bulunduğu gerekçesiyle, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 223/2-(a) maddesi üzerinden beraatle sonuçlanmıştır. Söz konusu beraat kararlarında, marka hakkına tecavüz suçunun maddi unsurlarının varlığı ile marka sahibi ilgilinin rızası belirtilmesine rağmen Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 223/2-(a) maddesine göre verilen bu kararlar eleştiriye açıktır. Nitekim yüklenen fiilin ilgili suçun maddi unsurlarını taşıması halinde, bu fiili gerçekleştiren failin Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 223/2-(a) maddesi üzerinden beraat edebilmesi mümkün olmadığı gibi olayda bir hukuka uygunluk nedeninin bulunması durumunda, aynı Kanun'un 223/2-(d) maddesi üzerinden fail hakkında beraat kararı verilmesi gerekmektedir.

Marka hakkına tecavüz suçunu konu alan yargılamalar sonucu verilen bu tür kararlardan bir kısmı istinaf incelemesinden geçerken, hukuka uygunluk nedenlerinden biri olarak ilgilinin rızasına yer veren Türk Ceza Kanunu'nun 26/2. maddesi ile beraat kararı verilecek hallerden biri olarak olayda bir hukuka uygunluk nedeninin bulunmasını düzenleyen Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 223/2-(d) maddesinin süzgecinden geçirilmiştir. Sonuçta ilk derece mahkemesi kararlarındaki yukarıda yer verdiğimiz eleştiriye açık hususlar istinaf mahkemesi kararlarında dikkate alınmış ve hukuka aykırılığın düzeltilmesiyle sonuca bağlanmıştır.

İlgilinin rızası hukuka uygunluk nedeninin marka hakkına tecavüz suçu bağlamında sessiz kalma nedeniyle hak kaybı üstünden değerlendirilmesi, bu hukuka uygunluk nedeninin maddi şartlarının detaylı şekilde incelenmesini gerektirmektedir. Bu kapsamda yapılacak bir değerlendirme sessiz kalma nedeniyle hak kaybının, ilgilinin rızasının maddi şartlarından bir kısmını sağlamadığını ortaya çıkarmaktadır. Sonuçta ortaya çıkan bu durum hukuka aykırılığın düzeltilmesiyle neticelenen istinaf mahkemesi kararlarını da eleştiriye açık hale getirmektedir. Bu yönüyle söz konusu istinaf mahkemesi kararları eleştirilebilir bir hal aldığından, konunun farklı bakış açılarıyla ele alınması gereklilik teşkil etmektedir.

Çalışmamızda ifade ettiğimiz bu bakış açılarından ilkinin, marka hakkına tecavüz suçuna ilişkin olan sessiz kalma nedeniyle hak kaybının ilgilinin rızası hukuka uygunluk nedeninin maddi şartlarında hata hali üzerinden,

Türk Ceza Kanunu'nun 30/1. maddesiyle ilişkili olarak değerlendirilmesi oluşturmaktadır.

Marka hakkına tecavüz suçunu konu alan kimi yargılamaların sonucunda sessiz kalma nedeniyle hak kaybına dayanılarak beraat kararları verildiğinden, tescilli markanın sahibinin sırf geç hareket etmesi nedeniyle tescilli markaya karşı gerçekleştirilen marka tecavüzlerinin önü açılmaktadır. Neticede bu durum Sınai Mülkiyet Kanunu'nun 30/1. maddesinde marka hakkına tecavüz suçu için öngörülen cezaların caydırıcılığını azaltmakta olduğundan, konunun ikinci bakış açısıyla Türk Ceza Kanunu'nun 1. maddesi üzerinden değerlendirilmesinde fayda bulunmaktadır.

Sınai Mülkiyet Kanunu'nun 25/6. maddesi, sessiz kalma nedeniyle hak kaybı hususunun bir istisna olarak özel hukuka dair marka hükümsüzlüğü davalarında dikkate alınacağını hüküm altına almaktadır. Ceza hukuku ve dolayısıyla kamu hukuku kapsamında kalan marka hakkına tecavüz suçuna ilişkin yargılamalarda ise Sınai Mülkiyet Kanunu'nun 25/6. maddesine atıfla sessiz kalma nedeniyle hak kaybının beraat kararlarına dayanak tutulması, çalışmamızda ifade ettiğimiz üçüncü bakış açısı kapsamında konunun, Sınai Mülkiyet Kanunu bağlamında kanun koyucunun amacı ölçüsünde değerlendirilmesini gerekli kılmaktadır.

I. SESSİZ KALMA NEDENİYLE HAK KAYBI İLE MARKA DAVALARINDA UYGULANIŞI

A. Sessiz Kalma Nedeniyle Hak Kaybı

Sınai Mülkiyet Kanunu¹ öncesinde Türk marka hukukunda sessiz kalma nedeniyle hak kaybı açıkça düzenlenmemiş, buna karşın mahkemeler² doktrine

¹ Mevzuat No: 6769, Kabul Tarihi: 22.12.2016, Resmi Gazete No: 29944, Resmi Gazete Tarihi: 10.01.2017. Kısaca SMK olarak anılacaktır.

² “Yukarıda bahsi geçen “sessiz kalma yoluyla hak kaybı” ilkesinin de kısaca açıklanmasında yarar vardır. Bu müesseseye, 556 s. KHK 'de yer almamasına rağmen doktrinde ve Yargıtay içtihatlarında kabul edilmiştir. Kavram olarak sessiz kalarak hak kaybı; markası üzerindeki hakkına tecavüz edilmesine rağmen sahibinin 556 s. KHK ile diğer mevzuatta bulunan haklarını kullanmaması, ihlallere karşı sessiz kalarak markasını koruma hakkını yitirmesi demektir (Ünal Tekinalp, a.g.e., s.454). Önceki hak sahibinin, TMK 2. maddesi uyarınca belli bir davranışta bulunması gerekirken sessiz kalması sonucu, iyi niyetli bir şekilde markayı daha sonra tescil ettiren kişiye karşı hükümsüzlük davası açma hakkını veya sonraki tarihli markanın kullanımını men etme hakkını kaybetmesine “sessiz kalma yoluyla hak kaybı” denilmektedir (Hamdi Yasaman, a.g.e., s. 856).” Bkz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 18/03/2015 T., 2013/1573 E., 2015/1055 K. sayılı kararı. <www.corpus.com.tr>, Erişim Tarihi 19 Eylül 2023.

de atıf yaparak sessiz kalma nedeniyle hak kaybını hem marka hükümsüzlüğü davaları hem de marka tecavüzü davalarında uygulamışlardır.³

Türk Medeni Kanunu'nun⁴ 2/1. maddesi şu şekildedir: “*Herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır.*” Bu doğrultuda sessiz kalma nedeniyle hak kaybının alt yapısının TMK'nin 2/1. maddesindeki dürüstlük kuralından oluşturulduğu, Türk marka hukukunda genel kural olarak kabul edilen bu hususun hakkaniyet ilkesine dayandırıldığı doktrinde ifade edilmektedir.⁵

TMK'nin 2/2. maddesi şu şekildedir: “*Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz.*” Bu bağlamda mahkemeler, marka hakkına tecavüz davalarında davacı tarafın davalının kullanımına uzunca bir süre sessiz kalmasını zımnî icazet olarak kabul etmişler ve bu şartlar altında dava açılmasını TMK'nin 2/2. maddesine göre hakkın açıkça kötüye kullanılması olarak kabul etmişlerdir.⁶

Sessiz kalma nedeniyle hak kaybından faydalanacak olan davalı yanın iyi niyetli olması gerekmekte, davacı marka sahibinin gecikmesinde haklılık iddiası varsa bunun bulunmadığını ve sessiz kalma nedeniyle kendisinin önemli seviyede zarara uğrayacağını davalı tarafın ispat etmesi lazım gelmektedir. Dolayısıyla marka sahibinin gecikmede haklı nedeninin bulunması halinde yahut davalı tarafın zarara uğradığını ispat edememesi durumunda artık sessiz kalma nedeniyle hak kaybından bahsedilemeyecektir.⁷

³ Cahit Suluk/Rauf Karasu/Temel Nal, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2018, s. 18-19.

⁴ Mevzuat No: 4721, Kabul Tarihi: 22.11.2001, Resmi Gazete No: 24607, Resmi Gazete Tarihi: 08.12.2001. Kısaca TMK olarak anılacaktır.

⁵ İlhami Güneş, *Uygulamada Marka, Haksız Rekabet ve Telif Suçları*, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, 2017, s. 121; Suluk/Karasu/Nal, s. 18.

⁶ Sevilay Uzunallı, *Marka Hukuku*, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, 2021, s. 243; Suluk/Karasu/Nal, s. 19. “*Sessiz kalma yoluyla hak kaybı TTK'nda açıkça düzenlenmemiş olmakla birlikte, kaynağını “hakkın kötüye kullanılması yasağı”nı düzenleyen MK'nun 2. maddesinden almaktadır. Bu maddeye göre, “Herkes haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır.” “Bir hakkın surf başkasına zarar vermek için kullanılmasını kanun himaye etmez.” Dürüstlük kuralı, MK'nun “Başlangıç Hükümleri” arasında, hukukun her alanında kendini gösteren bir ilke olarak düzenlenmiştir. Sessiz kalma yoluyla hak kaybının doğması ve dava hakkının M.K.'nin 2. maddesine aykırılık oluşturup oluşturmadığı hususları her olayın kendi özelliğine göre değerlendirilmelidir.” Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 04/05/2011 T., 2011/59 E., 2011/271 K. sayılı kararı. Erişim Tarihi 19.11.2023.*

⁷ Suluk/Karasu/Nal, s. 19.

Türk Ticaret Kanunu'nun⁸ 18/2. maddesinde basiretli tacir gibi davranma yükümlülüğü şu surette düzenlenmiştir: *“Her tacirin, ticaretine ait bütün faaliyetlerinde basiretli bir iş adamı gibi hareket etmesi gerekir.”* Bu kapsamda basiretli tacir gibi davranma yükümlülüğünün sessiz kalma nedeniyle hak kaybı hususu bakımından unutulmaması gerektiği, doktrinde ayrıca ifade edilmektedir.⁹

B. Marka Hükümsüzlüğü Davaları

SMK'nin 25/1. maddesinde, SMK'nin 5. veya 6. maddesinde sayılan hallerden birinin mevcut olması halinde mahkeme tarafından (sonraki tarihli) markanın hükümsüzlüğüne karar verileceği düzenlenmiştir.

SMK'nin 5. maddesinde marka tescilinde mutlak ret nedenlerine yer verilmiş, bunların varlığı durumunda işaretin marka olarak tescil edilmeyeceği öngörülmüştür. Maddede sınırlı bir şekilde sayılan bu nedenler, kamu düzenine ilişkin hükümsüzlük halleri olup SMK 5. madde taslağının gerekçesinde de ifade edildiği üzere Türk Patent ve Marka Kurumu tarafından resen incelenmektedir.¹⁰ Şayet mutlak ret nedenleri SMK'nin 25/1. maddesi gereğince hükümsüzlük davasına konu olmuşlarsa, bu sefer mahkeme tarafından resen göz önünde tutulacaklardır.¹¹

SMK'nin 6. maddesinde marka tescilinde nispi ret nedenlerine yer verilmiş olmakla beraber mutlak ret nedenlerinden farklı olarak bunların, önceki tarihli marka sahibi veya önceki tarihli marka başvurusu sahibi tarafından sonraki tarihli marka başvurusuna karşı yapılacak yayıma itiraz üzerine değerlendirileceği düzenlenmiştir. Dolayısıyla önceki tarihli marka sahibi veya önceki tarihli marka başvurusu sahibi tarafından nispi ret nedenlerine dayanılabilmesinin ön koşulu, sonraki tarihli marka tescil başvurusunun marka bülteninde yayımlanmış olmasıdır. Diğer yandan nispi ret nedenleri mutlak ret nedenlerinden farklı olarak kamu düzenine ilişkin olmadığından, Türk Patent ve Marka Kurumu tarafından resen incelenmeyecekler ve SMK'nin 25/1. maddesi gereğince marka hükümsüzlüğü davasına konu olmuşlarsa mahkeme

⁸ Mevzuat No: 6102, Kabul Tarihi: 13.01.2011, Resmi Gazete No: 27846, Resmi Gazete Tarihi: 14.02.2011. Kısaca TTK olarak anılacaktır.

⁹ Suluk/Karasu/Nal, s. 18.

¹⁰ Zeynep Bahadır, *Markanın Hükümsüzlüğü ve İptali*, 1. Baskı, Turhan Kitabevi Yayınları, 2018, s. 45-46.

¹¹ Bahadır, s. 46.

tarafından resen dikkate alınmayacaklardır.¹²

SMK'nin 25/6. maddesi uyarınca (önceki tarihli) marka sahibi, sonraki tarihli markanın kullanıldığını bildiği veya bilmesi gerektiği halde bu duruma birbirini izleyen beş yıl boyunca sessiz kalmışsa, sonraki tarihli marka tescili kötünietli olmadıkça, (önceki tarihli) markasını hükümsüzlük gerekçesi olarak ileri süremeyecektir. Mahkeme kararları aracılığıyla uygulama alanı bulan sessiz kalma nedeniyle hak kaybı, SMK'nin 25/6. maddesi vasıtasıyla hükümsüzlük davaları yönünden yasal zemine kavuşmuş durumdadır.¹³ Marka tescilinin nispi ret nedenlerine istisna getiren bu hüküm, önceki tarihli marka sahibinin tescilden kaynaklanan haklarını sonraki tarihli markanın karşısında sessiz kalma nedeniyle kaybetmesini gündeme getirmekte olup hak kaybını sessiz kalınan kullanımdan önceki tarihli marka sahibinin haklarıyla sınırlı tutmuştur.¹⁴ Sessiz kalma nedeniyle hak kaybının, kamu düzenine dair olmaları ve istisnalarına özel olarak SMK'nin 5/2 ve 5/3. maddelerinde yer verilmesi nedeniyle mutlak ret nedenlerine istisna teşkil etmeyeceği doktrinde ayrıca belirtilmektedir.¹⁵

Sessiz kalma nedeniyle hak kaybı hususunun SMK'nin 25/6. maddesiyle hükümsüzlük davaları bakımından yasal zemine kavuşmuş olduğunun göstergelerinden bir diğeri ise SMK 25. madde taslağının gerekçesidir. Madde taslağının gerekçesinde, SMK'nin 25. maddesinin 6. fıkrasında, 2015/2424 sayılı Avrupa Birliği¹⁶ Tüzüğüne¹⁷ paralel bir şekilde sessiz kalma nedeniyle hak kaybı hususunun düzenlendiği belirtilmiştir.¹⁸ Gereğeden hareketle

¹² Bahadır, s. 84.

¹³ Suluk/Karasu/Nal, s. 19.

¹⁴ Güneş, s. 121; Bahadır, s. 84 ve s. 115.

¹⁵ Bahadır, s. 115.

¹⁶ Kısaca AB olarak anılacaktır.

¹⁷ Regulation (EU) 2015/2424 of the European Parliament and of the Council of 16 December 2015 amending Council Regulation (EC) No 207/2009 on the Community trade mark and Commission Regulation (EC) No 2868/95 implementing Council Regulation (EC) No 40/94 on the Community trade mark, and repealing Commission Regulation (EC) No 2869/95 on the fees payable to the Office for Harmonization in the Internal Market (Trade Marks and Designs), *Official Journal of the European Union*, L 341/21, 24/12/2015. İngilizce metin için bkz. <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32015R2424>>, Erişim Tarihi 19 Mart 2024.

¹⁸ SMK'nin oluşturulmasının nedenleri arasında, AB düzenlemelerine uyumun sağlanması amacıyla mevcut sistemin bir kez daha ele alınıp düzeltilmesi ihtiyacının olduğu doktrinde ifade edilmektedir. Bkz. Egemen Esen, "Sınai Mülkiyet Kanunu'na Göre Marka Hakkının Yetkisiz Tasarrufu Suçu", *Istanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 16(2), 2017, s. 720.

değinecek olursak, 207/2009 sayılı Avrupa Topluluğu¹⁹ Marka Tüzüğü'nün²⁰ 54/1. maddesini²¹ değiştiren 2015/2424 sayılı AB Marka Tüzüğü'nün 51/1. maddesinde, bir AB markasının sahibinin, kullanıldığını bildiği halde sonraki tarihli bir AB markasının AB'de kullanılması durumuna birbirini takip eden beş yıl boyunca sessiz kalmışsa²², sonraki tarihli AB markasının tescili için kötüniyetli başvuru yapılmadığı sürece, önceki tarihli markasına dayanarak sonraki tarihli markanın kullanıldığı mal veya hizmetler açısından hükümsüz olduğuna dair başvuruda bulunma hakkına sahip olmayacağı düzenlenmiştir.²³ 207/2009 sayılı AT Marka Tüzüğü'nün 54/2. maddesini²⁴ değiştiren 2015/2424 sayılı AB Marka Tüzüğü'nün 51/2. maddesinde, 8/2. maddede atıfta bulunulan önceki tarihli bir ulusal markanın yahut 8/4. maddede atıfta bulunulan diğer önceki tarihli işaretin sahibinin, kullanıldığını bildiği halde sonraki tarihli bir AB markasının önceki tarihli markanın yahut diğer önceki tarihli

¹⁹ Kısaca AT olarak anılacaktır.

²⁰ Council Regulation (EC) No 207/2009 of 26 February 2009 on the Community trade mark, *Official Journal of the European Union*, L 78/1, 24/03/2009. İngilizce metin için bkz. <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32009R0207>>, Erişim Tarihi 19.03.2024.

²¹ 207/2009 sayılı AT Marka Tüzüğü'nün 54/1. maddesinde, bir AT markasının sahibinin, kullanıldığını bildiği halde sonraki tarihli bir AT markasının AT'de kullanılması durumuna birbirini takip eden beş yıl boyunca sessiz kalmışsa, sonraki tarihli AT markasının tescili için kötüniyetli başvuru yapılmadığı sürece, önceki tarihli markasına dayanarak sonraki tarihli markanın hükümsüzlüğü için başvuruda bulunma veya sonraki tarihli markanın kullanıldığı mal veya hizmetlerle ilgili olarak kullanılmasına karşı çıkma hakkına sahip olmayacağı düzenlenmiştir. (Çalışmamızda 207/2009 sayılı AT Marka Tüzüğü'nün 54/1. maddesinin tercümesi tarafımızca yapılmıştır.)

²² 2015/2424 sayılı AB Marka Tüzüğü'nün 51/1. maddesinde *acquiesce* kelimesi kullanılmış olup bir fiil olarak *acquiesce* kelimesi, *Kabul etmek, razı olmak, karşı çıkmamak* anlamlarına gelmektedir. SMK'nin 25/6. maddesinde ise *acquiesce* kelimesinin Türkçe karşılığı olarak *sessiz kalmak* fiilinin tercihen kullanıldığı düşünüldükçe, SMK'nin 25/6. maddesiyle olan ilgiliyi muhafaza etmek adına çalışmamızda *acquiesce* fiilinin Türkçe karşılığı olarak *sessiz kalmak* fiili kullanılmıştır.

²³ Çalışmamızda 2015/2424 sayılı AB Marka Tüzüğü'nün 51/1. maddesinin tercümesi tarafımızca yapılmıştır.

²⁴ 207/2009 sayılı AT Marka Tüzüğü'nün 54/2. maddesinde, 8/2. maddede atıfta bulunulan önceki tarihli bir ulusal markanın yahut 8/4. maddede atıfta bulunulan diğer önceki tarihli işaretin sahibinin, kullanıldığını bildiği halde sonraki tarihli bir AT markasının önceki tarihli markanın yahut diğer önceki tarihli işaretin korunduğu AT üyesi devlette kullanılması durumuna birbirini takip eden beş yıl boyunca sessiz kalmışsa, sonraki tarihli AT markasının tescili için kötüniyetli başvuru yapılmadığı sürece, önceki tarihli markasına yahut diğer önceki tarihli işaretine dayanarak sonraki tarihli markanın hükümsüzlüğü için başvuruda bulunma veya sonraki tarihli markanın kullanıldığı mal veya hizmetlerle ilgili olarak kullanılmasına karşı çıkma hakkına sahip olmayacağı düzenlenmiştir. (Çalışmamızda 207/2009 sayılı AT Marka Tüzüğü'nün 54/1. maddesinin tercümesi tarafımızca yapılmıştır.)

işaretin korunduğu AB üyesi devlette kullanılması durumuna birbirini takip eden beş yıl boyunca sessiz kalmışsa, sonraki tarihli AB markasının tescili için kötüniyetli başvuru yapılmadığı sürece, önceki tarihli markasına yahut diğer önceki tarihli işaretine dayanarak sonraki tarihli markanın kullanıldığı mal veya hizmetler açısından hükümsüz olduğuna dair başvuruda bulunma hakkına sahip olmayacağı düzenlenmiştir.²⁵

Güncel kapsamda AB marka hukukunda, marka sahiplerine tanınan münhasır haklara ilişkin çeşitli sınırlamaları içeren 2015/2436 sayılı AB Direktifinin²⁶ 9/1 ve 9/2. maddeleri²⁷ ile 2017/1001 sayılı AB Marka

²⁵ Çalışmamızda 2015/2424 sayılı AB Marka Tüzüğü'nün 51/2. maddesinin tercümesi tarafımızca yapılmıştır.

²⁶ Directive (EU) 2015/2436 of the European Parliament and of the Council of 16 December 2015 to approximate the laws of the Member States relating to trade marks, *Official Journal of the European Union*, L 336/1, 23/12/2015. İngilizce metin için bkz. <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32015L2436>>, Erişim Tarihi 19 Mart 2024.

²⁷ Önceki tarihli marka sahibinin hareketsizliğinden kaynaklanan sessiz kalma nedeniyle hak kaybı müessesesi, İtalya'da uzunca bir süre yalnızca, sonraki markaya ilişkin hükümsüzlük başvurusunun sessiz kalma nedeniyle engellenmesini düzenleyen 2015/2436 sayılı AB Direktifinin 9. maddesi üzerinden uygulanmıştır. Daha sonra bu düzenleme, İtalyan Fikri Mülkiyet Kanunu'nun 28. maddesine aktarılmıştır. Bkz. Roberto Pennisi, "Defences to the Invalidation and Infringement of Trade Marks: From Preclusion Due to Acquiescence to Preclusion Due to Coexistence", *IIC - International Review of Intellectual Property and Competition Law*, 52, 2021, s. 171. Almanya'da ise 2015/2436 sayılı AB Direktifinin 9. maddesi ile ulusal hukuk arasındaki bağlantıyı sağlayan Alman Marka Kanunu'nun (Markengesetz) 21. maddesinin, Direktiften kaynaklanan beş yıl bağlamındaki sessiz kalma nedeniyle hak kaybı durumunu Alman hukukuna aktardığı ve Alman Marka Kanunu'nun 21. maddesinin 4. (son) fıkrasının, sessiz kalma nedeniyle hak kaybından kaynaklanan soruna çözüm için halihazırda uygulanan *Verwirkung* genel ilkesine halel getirmediği doktrinde belirtmektedir. Bkz. Pennisi, s. 178-179.

Tüzüğünün²⁸ 61. maddesi²⁹ ve 138. maddesinin 2. fıkrasıyla³⁰, kullanıldığını bildiği halde sonraki tarihli bir markanın kullanılması durumuna birbirini takip eden beş yıl boyunca sessiz kalan önceki tarihli marka sahibinin, sonraki tarihli markaya karşı hükümsüzlük başvurusunda³¹ bulunma hakkına sahip olmayacağını düzenlenmiştir.³² Netice itibariyle 2015/2436 sayılı AB Direktifinin 9. maddesi ile 2017/1001 sayılı AB Marka Tüzüğünün

²⁸ Regulation (EU) 2017/1001 of the European Parliament and of the Council of 14 June 2017 on the European Union trade mark, *Official Journal of the European Union*, L 154/1, 16/06/2017. İngilizce metin için bkz. <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32017R1001>>, Erişim Tarihi 16 Mart 2024. Bir Reform Paketi olarak 2017/1001 sayılı AB Marka Tüzüğünün amaçlarından bir kısmının, 2015/2436 sayılı AB Direktifinin geçerliliğini yitiren hükümlerini değiştirerek, marka hakkının hukuki belirliliğini artırarak ve marka hakkını kapsam ve sınırlamalar bakımından netleştirerek AB Direktifinin mevcut hükümlerini geliştirmek ve modernize etmek olduğu doktrinde ifade edilmektedir. Bkz. Valentina Bonomo/ Paola Magnani, “Non-Distinctive Uses of a Trademark: The CJEU’s “Function Theory” (and Its Adoption by Italian Courts) – Future Prospects in Light of EU Trademark Law”, *IIC - International Review of Intellectual Property and Competition Law*, 53, 2022, s. 695.

²⁹ 2017/1001 sayılı AB Marka Tüzüğünün *Sessiz kalmanın sonucu olarak sınırlama* başlığını haiz 61. maddesinin 1. fıkrası, sessiz kalma nedeniyle hak kaybını önceki tarihli AB markaları için öngörmektedir. Aynı maddenin 1. fıkrası ise sessiz kalma nedeniyle hak kaybını 8/2. maddede atıfta bulunulan önceki tarihli ulusal markalar ve 8/4. maddede atıfta bulunulan diğer önceki tarihli işaretler için öngörmektedir.

³⁰ 2017/1001 sayılı AB Marka Tüzüğünün *Belirli bölgeler için geçerli olan ön haklar* başlığını haiz 138. maddesinin 2. fıkrası, sessiz kalma nedeniyle hak kaybını AB markalarına karşı hakkın korunduğu bölgeyle sınırlı olarak, yalnızca belirli bir bölge için geçerli olan önceki tarihli haklar için öngörmektedir.

³¹ 2022 tarihli ve C-466/20 sayılı HEITEC AG - HEITECH Promotion GmbH davasında Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD), marka tecavüzünde bulunduğu iddiasını havi bir ihtarnamenin salt gönderilmesinin, 2008/95 sayılı Avrupa Topluluğu Direktifinin 9/1 ve 9/2. maddeleri (güncel olarak 2015/2436 sayılı AB Direktifinin 9/1 ve 9/2. maddeleri) ile 207/2009 sayılı Avrupa Topluluğu Konsey Tüzüğünün 111/2. maddesinde (güncel olarak 2017/1001 sayılı AB Marka Tüzüğünün 138/2. maddesinde) düzenlenen beş yıllık sessiz kalma nedeniyle hak kaybının uygulanmasını engellemek için yeterli olmadığını kabul etmiştir. Bu kabule gerekçe olarak ABAD, bir ihtarnamenin beş yıllık rıza süresini kesintiye uğratabilmesinin ancak ihtarnameye aksi yönde cevap verilmesinin ardından önceki tarihli marka sahibinin sonraki tarihli markaya ilişkin muhalefeti devam ettirmesi ve haklarını uygulamak bağlamında önlemler alması halinde mümkün olabileceğini belirtmiştir. Şayet bir ihtarnamenin tek başına beş yıllık rıza süresini kesintiye uğratabildiği kabul edilecek olursa, önceki tarihli marka sahibinin her beş yılda bir ihtarname göndermesiyle beş yıllık rıza süresini öngören düzenlemelerin pratik ve hukuki değerlerinin ortadan kaldırılmış olacağı ABAD tarafından belirtilmiştir. Davanın detayları için Bkz. The Trademark Reporter (International Trademark Association), “Annual Review of European Trademark Law 2022 in Review, VII. Limitation of Rights and Defenses”, *The Law Journal of the International Trademark Association*, 113(2), 2023, s. 526 ve s. 528.

³² The Trademark Reporter (International Trademark Association), s. 519 ve s. 526.

61. maddesinin, önceki tarihli marka sahibinin tepki vermesi açısından ve sonraki tarihli marka sahibinin önceki tarihli marka sahibinin gelecekte tepki vermeyeceğine dair bir inanç geliştirmesi bakımından beş yıllık süreyi makul olarak kabul eden normatif bir teknik kullandığı doktrinde belirtilmektedir.³³

2015/2424 sayılı AB Marka Tüzüğü'nün 51/1 ve 51/2. maddelerinin, 2015/2436 sayılı AB Direktifinin 9/1. maddesinin, 2017/1001 sayılı AB Marka Tüzüğü'nün 61. maddesi ve 138/2. maddesinin SMK'nin 25/6. maddesinden farkı, önceki tarihli markanın sahibinin sonraki tarihli markanın kullanıldığını bilmesi gerektiği hususunda ortaya çıkmaktadır. AB Direktifi ile AB Marka Tüzüklerinin yukarıda belirttiğimiz düzenlemeleri kapsamında, önceki tarihli markanın sahibi sonraki tarihli markanın kullanıldığını bilmediğini ispat edebilmesi durumunda, kendisine karşı savunma ve sınırlama olarak sessiz kalma nedeniyle hak kaybı ileri sürülemez. Buna karşın SMK'nin 25/6. maddesi, önceki tarihli markanın sahibi açısından sonraki tarihli markanın kullanımını bilme gerekliliğine yer vererek, sonraki tarihli markanın kullanımından hiç haberdar olmayan önceki tarihli markanın sahibinin haklarını sessiz kalmak nedeniyle hak kaybı doğrultusunda azami düzeyde kısıtlamış olmakta ve önceki tarihli marka sahibinin buna ilişkin olan ispatının önünü kapatmaktadır.

Yasal zemin bu şekilde olmakla beraber Yargıtayın sessiz kalma nedeniyle hak kaybı konusundaki birbirinden farklı ve çelişkili kararlarının yol açtığı çıkmazlardan dolayı kanun koyucunun SMK'nin 25/6. maddesiyle sessiz kalma süresini beş yıl olarak açıkça netleştirme yolunu tercih ettiği doktrinde ifade edilmiştir.³⁴ SMK'nin 25/6. maddesinin, Yargıtayın sessiz kalma nedeniyle hak kaybı hususundaki çıkmaza yol açan kararlarına engel olmak noktasında uygun bir düzenleme olduğu fakat düzenlemenin, somut olaya koşullarına bağlı birtakım özel uygulamaların önünü kapatacağı için yeni sorunları beraberinde getirebileceği doktrinde ileri sürülmektedir.³⁵

Sessiz kalma nedeniyle hak kaybının, tescil sürecinin tamamlanmasından sonra ortaya çıkan hükümsüzlük davalarıyla sınırlı tutulmaması ve marka tescil başvuruları sürecinde de bu hususun dikkate alınması gerektiği

³³ Pennisi, s. 171.

³⁴ Hayrettin Çağlar, "Sınai Mülkiyet Kanununun Marka Hukuku Alanında Getirdiği Önemli Yenilikler", *Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 3(1), 2017, s. 148.

³⁵ Çağlar, 2017, s. 148.

doktrinde belirtilmektedir.³⁶ Bu görüşe göre sonraki tarihli iyi niyetli bir marka başvurusuna (tescilsiz kullanım süreci dahil olmak üzere) birbirini izleyen beş yıl boyunca sessiz kalınmışsa, sessiz kalınan kullanım açısından korunmaya değer menfaat hali ortaya çıkacağından, tescil başvurusu marka bülteninde yayımlandıktan sonra başvuruya itiraz gelmesi durumunda itirazı yapan önceki tarihli marka sahibinin sessiz kalmasının dikkate alınması lazım gelecektir.³⁷ SMK'nin 25/6. maddesi sonraki tarihli bir markanın hükümsüzlüğü için görülecek hukuk davası sırasında incelenecek nispi ret nedenlerine istisna getirdiğinden, sessiz kalma nedeniyle hak kaybı şeklindeki bu özel istisnanın marka tescil başvurusuna itirazda dikkate alınması, SMK bağlamında kanun koyucunun amacıyla örtüşmeyebilecektir. Nitekim marka tescil başvurusuna itiraz süreci bakımından SMK'de, sessiz kalma nedeniyle hak kaybı istisnasının varlığına işaret eden bir hükme yer verilmemiştir.

C. Marka Tecavüzüne İlişkin Hukuk ve Ceza Davaları

Aynı zamanda bir haksız fiil de olan marka hakkına tecavüz bakımından SMK'de sessiz kalma nedeniyle hak kaybı hususu düzenlenmemiştir. Buna karşılık hem hukuk hem de ceza mahkemeleri, marka hakkına tecavüz fiilini konu alan yargılamalarında sessiz kalma nedeniyle hak kaybını dikkate almaktadırlar.³⁸

Marka tecavüzü halinde sessiz kalınan süre açısından kesin bir sürenin olmadığı, somut olayın koşulları dikkate alınarak dürüstlük kuralı kapsamında bu sürenin belirlenmesi gerektiği, sürenin beş yıldan daha uzun yahut daha

³⁶ Bahadır, s. 116.

³⁷ Bahadır, s. 116.

³⁸ Salih Polater, "Marka Hukukunda Dikkat ve Özen Yükümlülüğü", *Terazi Hukuk Dergisi*, 11(116), 2016, s. 42 ve s. 46; Suluk/Karasu/Nal, s. 19.

kısa olabileceği³⁹ doktrinde ifade edilmektedir.⁴⁰

Marka hakkına tecavüz suçunu konu alan kimi yargılamalarda sessiz kalma nedeniyle hak kaybına yol açacak süre, SMK'nin 25/6. maddesinden hareketle asgari beş yıl olarak kabul edilmektedir. Çalışmamızda incelenen kesinleşmiş ceza mahkemesi kararlarında da SMK'nin 25/6. maddesinden hareketle beş yıllık süre, sessiz kalma nedeniyle hak kaybının gerçekleştiği cihetindeki gerekçelerde esas alınmıştır.

II. CMK'NİN 223/2-(A) MADDESİNE GÖRE VERİLMİŞ KESİNLEŞMİŞ BERAAT HÜKÜMLERİNİN İNCELENMESİ

Çalışmamızda incelenen ve marka hakkına tecavüz suçunun yargılamalarını konu alan ilk derece mahkemesi kararlarında en başta, katılana ait iş yeri ile sanığın iş yerinin aynı şehirde bulunduğu ve katılan ile sanığın aynı sektörde faaliyet gösterdikleri dikkate alınarak katılanın dava konusu iş yerinden olay tarihine kadar geçen beş yıl yahut daha fazla uzun sayılabilecek bir süre içerisinde haberdar olmamasının mümkün olmadığı, en azından ticari hayatın olağan akışı içinde sanığın iş yerinde dava konusu markasal ibarenin kullanıldığını bilmesi gereken katılanın bu süre zarfında sanığın kullanımını engelleme cihetinde hiçbir hukuki girişimde bulunmadığı ve sessiz kalma nedeniyle dava konusu kullanıma rıza gösterdiği kabul edilmiştir. Kararların devamında, marka sahibinin sonraki tarihli bir markanın kullanıldığını bildiği veya bilmesi gerektiği halde bu duruma birbirini izleyen beş yıl boyunca sessiz kalması durumunda, sonraki tarihli marka tescili kötünietli olmadıkça markasını hükümsüzlük gerekçesi olarak ileri süremeyeceğinin SMK'nin 25/6. maddesinde hüküm altına alındığı ifade edilmiştir. Buna bağlı olarak kararlarda, dava konusu kullanımın sanığın adına marka olarak tescilli olmadığı ancak SMK'nin 25/6. maddesi uyarınca tescilli markalar yönünden

³⁹ “Davacı vekili, (...) davalının davacıya ait markaya ve ticaret unvanına tecavüz ettiğinin tespitine, tecavüzün önlenmesine ve menine, (...) karar verilmesini talep ve dava etmiştir. Bölge Adliye Mahkemesince, (...) somut olayda 4 yılın sessiz kalmak suretiyle dava açma hakkının yitirilmesi için yeterli olmadığı gerekçesiyle davalı vekilinin zamanaşımı yönünden istinaf isteminin esastan reddine karar verilmiştir. Yapılan yargılama ve saptanan somut uyumsuzluk bakımından uygulanması gereken hukuk kuralları gözetildiğinde İlk Derece Mahkemesince verilen kararda bir isabetsizlik olmadığına anlaşılmışna göre, yapılan istinaf başvurusunun HMK'nin 353/b-1 maddesi uyarınca Bölge Adliye Mahkemesince esastan reddine ilişkin kararın usul ve yasaya uygun olduğu kamısına varıldığından Bölge Adliye Mahkemesi kararının onanmasına karar vermek gerekmiştir.” Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 13/06/2022 T., 2021/641 E., 2022/4804 K. sayılı kararı. <www.corpus.com.tr>, Erişim Tarihi 19 Kasım 2023.

⁴⁰ Suluk/Karasu/Nal, s. 19; Uzunallı, s. 242.

hükümsüzlük nedeni olarak ileri sürülemeyen hususun tescil edilmemiş markalar yönünden de uygulanması gerektiği, diğer bir ifadeyle sanığın kullanımını marka olarak tescil ettirmiş olması durumunda yararlanacağı hukuki korumadan bu kullanımını marka olarak tescil ettirmemesi durumunda da yararlanması gerektiği belirtilmiştir. Neticede kararlarda, dava konusu iş yerinde beş yıl veya daha fazla kesintisiz bir şekilde devam eden kullanımdan haberdar olan, en azından ticari hayatın olağan şartları içinde haberdar olması gereken fakat bu sürede sanığın kullanımını engelleme yönünde hiçbir hukuki girişimde bulunmayan katılanın, beş yıl yahut daha uzun sayılabilecek bir sürede sessiz kalmak ve bu şekilde sanığın kullanımına rıza göstermek suretiyle hak kaybına uğradığı sonucuna ulaşılmıştır. Ayrıca sanığın kesintisiz devam eden kullanımının, markasal kullanımın devamı niteliğinde meşru kullanım olarak kabul edilmesi gerektiği kararlarda varılan bir diğer sonuç olmuştur. Bu gerekçelerle kararlarda sanık hakkında, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun⁴¹ 223/2-(a) maddesinde düzenlenen *yüklenen filin kanunda suç olarak tanımlanmamış olması* haline dayanılarak beraat hükmü verilmiştir. Kararlara karşı katılan taraflar istinaf kanun yoluna başvurmuşlardır. Başvurular sonucunda istinaf mahkemesi kararlarında, ilk derece mahkemesi hükümlerinde usule veya esasa dair herhangi bir hukuka aykırılık bulunmadığı ve kararlardaki değerlendirmelerin yerinde olduğu belirtilerek, CMK'nin 280/1-(a) maddesi⁴² gereğince katılan tarafların istinaf başvurularının esastan reddine kesin olarak karar verilmiştir.⁴³ Bu kapsamda istinaf incelemesinden geçen ilk derece mahkemesi beraat hükümleri kesinleşmiştir.⁴⁴

⁴¹ Mevzuat No: 5271, Kabul Tarihi: 04.12.2004, Resmi Gazete No: 25673, Resmi Gazete Tarihi: 17.12.2004. Kısaca CMK olarak anılacaktır.

⁴² CMK'nin 280/1-(a) maddesi şu şekildedir: "(1) Bölge adliye mahkemesi, (...) dosyayı ve dosya ile birlikte sunulmuş olan delilleri inceledikten sonra; (...) a) İlk derece mahkemesinin kararında usule veya esasa ilişkin herhangi bir hukuka aykırılığın bulunmadığını, delillerde veya işlemlerde herhangi bir eksiklik olmadığını, ispat bakımından değerlendirmenin yerinde olduğunu saptadığında istinaf başvurusunun esastan reddine, (...) karar verir."

⁴³ SMK'nin 30/1. maddesinde düzenlenen marka hakkına tecavüz suçunun cezası, bir yıldan üç yıla kadar hapis ve yirmi bin güne kadar adli para cezasıdır. CMK'nin 286/2-(g) maddesine göre on yıl veya daha az hapis cezasını gerektiren suçlardan ilk derece mahkemesince verilen beraat kararları ile ilgili olarak verilen istinaf başvurusunun esastan reddine ilişkin kararlar temyiz edilemez niteliktedir. Dolayısıyla çalışmamıza konu istinaf mahkemesi kararları, bu düzenlemeler gereğince temyiz edilemez nitelikte olmalarına bağlı olarak kesindir.

⁴⁴ Çalışmamıza konu olan ilk derece mahkemesi ve istinaf mahkemesi kararları şu şekildedir: Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 23. Ceza Dairesin 21/12/2022 T., 2022/1467 E., 2022/3701 K. sayılı kararı ile 21/12/2022 tarihinde kesinleşen Ankara 1. Fikri ve Sınai Haklar Ceza Mahkemesinin 03/03/2022 T., 2021/435 E., 2022/69 K. sayılı kararı; Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 9. Ceza Dairesinin 08/02/2022 T., 2020/1893 E., 2022/578 K. sayılı kararı

A. CMK'nin 223/2-(a) Maddesi

CMK'nin 223/1. maddesi uyarınca, duruşmanın sona erdiği açıklandıktan sonra hüküm verilecektir ve beraat kararı hüküm niteliğindedir. Ceza kovuşturması neticesinde mahkemece verilebilecek hükümlerden birincisi beraat hükmüdür.⁴⁵ CMK'de beraat kavramı teknik olarak tanımlanmamakla beraber beraat hükmünün verilebileceği haller CMK'nin 223/2. maddesinde tek tek sayılmıştır.⁴⁶ CMK'nin 223/2-(a) maddesine göre beraat kararı verilebilecek hallerden bir tanesi de *yüklenen fiilin kanunda suç olarak tanımlanmamış olması* halidir.

B. Suç Teorisi Bağlamında Suçun Maddi ve Manevi Unsurları

Türk Ceza Kanunu'nun⁴⁷ sisteminde esas alınan suç teorisinde suçun unsurları; maddi unsurlar, manevi unsurlar, hukuka aykırılık unsuru olmak üzere üçe ayrılmaktadır.⁴⁸ Kusurluluk ise TCK'nin sisteminde suçun unsurları arasında sayılmamaktadır. Çünkü kusurluluk, işlenen suç sebebiyle fiil hakkında değil fail hakkında varılan bir kınanabilirlik yargısıdır.⁴⁹

Suç oluşturan haksızlık belirlenirken fiilin üç aşamalı değerlendirmesi

ile 08/02/2022 tarihinde kesinleşen Ankara 1. Fikri ve Sınai Haklar Ceza Mahkemesinin 16/06/2020 T., 2019/333 E., 2020/82 K. sayılı kararı; Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 9. Ceza Dairesinin 14/03/2022 T., 2020/2731 E., 2022/1033 K. sayılı kararı ile 14/03/2022 tarihinde kesinleşen Ankara 1. Fikri ve Sınai Haklar Ceza Mahkemesinin 24/09/2020 T., 2019/259 E., 2020/158 K. sayılı kararı; Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 9. Ceza Dairesinin 21/12/2021 T., 2019/10775 E., 2021/6037 K. sayılı kararı ile 21/12/2021 tarihinde kesinleşen Ankara 1. Fikri ve Sınai Haklar Ceza Mahkemesinin 24/10/2019 T., 2019/194 E., 2019/307 K. sayılı kararı; Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 9. Ceza Dairesinin 07/02/2022 T., 2019/10600 E., 2022/508 K. sayılı kararı ile 07/02/2022 tarihinde kesinleşen Ankara 1. Fikri ve Sınai Haklar Ceza Mahkemesinin 22/10/2019 T., 2019/74 E., 2019/301 K. sayılı kararı; Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 23. Ceza Dairesinin 20/10/2021 T., 2020/798 E., 2021/4282 K. sayılı kararı ile 20/10/2021 tarihinde kesinleşen Ankara 1. Fikri ve Sınai Haklar Ceza Mahkemesinin 24/12/2019 T., 2019/57 E., 2019/382 K. sayılı kararı.

⁴⁵ Veli Özer Özbek/Koray Doğan/Pınar Bacaksız/İlker Tepe, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 11. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2018, s. 685.

⁴⁶ Cumhuriyet Şahin/Neslihan Göktürk, *Ceza Muhakemesi Hukuku II*, 8. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2019, s. 184; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 685.

⁴⁷ Mevzuat No: 5237, Kabul Tarihi: 26.09.2004, Resmi Gazete No: 25611, Resmi Gazete Tarihi: 12.10.2004. Kısaca TCK olarak anılacaktır.

⁴⁸ İzzet Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 16. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2020, s. 178.

⁴⁹ Mahmut Koca/İlhan Üzülmez, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 13. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2020, s. 87; Özgenç, s. 178.

yapılmaktadır. İlk aşamada *fiilin insana ait vasıflar bakımından değerlendirilmesi* gerekmekte ve bu kapsamda haksızlık değerlendirmesine konu olabilecek bir fiilin varlığının tespit edilmesi gerekmektedir. Ceza hukuku açısından değerlendirmeye elverişli olan bir fiilin varlığı tespit edildikten sonra, *fiilin sırf ceza hukuku bakımından değerlendirilmesini* konu alan ikinci aşamada bu fiilin tipe uygunluğu değerlendirilecektir. Tipe uygunluk değerlendirmesi ise tipikliğin maddi (objektif) unsurları ile manevi (sübjektif) unsurları üzerinden söz konusu olacaktır.⁵⁰ Bu durumda suçun kanuni tanımında yer alan unsurlar maddi ve manevi unsurlardan oluşmakta ve suçun yapısının açıklanması aşamasında, suçun maddi ve manevi unsurları ayırımından hareket edilmektedir. Suçun maddi ve manevi unsurlarının varlığı tespit edildiğinde ise kural olarak tipik haksızlığın gerçekleştiğinden bahsedilecektir.⁵¹ Çalışmamızın devamında hukuka aykırılık unsuru kısmına geçtiğimizde haksızlığın belirlenmesi açısından fiilin değerlendirilmesindeki üçüncü aşamadan bahsedilecektir.

Yukarıda yer verdiğimiz kesinleşmiş beraat kararlarına CMK'nin 223/2-(a) maddesinin esas alınması tarafımızca eleştirilmeden önce, SMK'nin 30/1. maddesinde hüküm altına alınan marka hakkına tecavüz suçu tipikliğin maddi unsurları üzerinden çalışmamızda ele alınacaktır. Her ne kadar CMK'nin 223/2-(a) maddesi yerine CMK'nin 223/2-(c) maddesini ilgilendirse de çalışmamızda marka hakkına tecavüz suçunun manevi unsurlarına da yer verilecektir. Bütün bunların sonrasında eleştiri kısmına geçildiğinde ise beraat kararlarının verildiği yargılamalarda sanığa yüklenen fiilin SMK'nin 30/1. maddesinde suç olarak tanımlanmış olup olmadığı ortaya konacaktır. CMK'nin 223/2-(a) maddesine göre verilmiş bir beraat hükmünde, sanığa yüklenen fiilin tipe uygun olmaması, tipik haksızlığın gerçekleşmemiş olması ve dolayısıyla suçun maddi unsurlarından en az birinin bulunmaması gerekmektedir.

C. Marka Hakkına Tecavüz Suçunun Maddi Unsurları

1. Fail Unsuru

SMK'nin 30/1. maddesinde düzenlenen marka hakkına tecavüz suçunun faili, tescilli marka sahibi ve lisans hakkı sahibi kişiler haricinde herkes olabilecektir.⁵² Bu doğrultuda marka hakkına tecavüz suçu özgü bir suç

⁵⁰ Koca/Üzülmez, s. 86-87.

⁵¹ Koca/Üzülmez, s. 87; Özgenç, s. 179.

⁵² Ayşe Nuhoğlu, "Marka Hakkına Tecavüz Suçu", Feridun Yenisey/İzzet Özgenç/Ayşe

olmaktan ziyade genel bir suçtur⁵³ ve bu kapsamda hareket yeteneğine sahip herhangi bir gerçek kişi suçun faili olabilecektir.⁵⁴

Marka hakkına tecavüz teşkil eden ürünleri kişisel ihtiyaçları doğrultusunda kullanan yahut elinde bulunduran tüketiciler, marka hakkına tecavüz suçunun faili olamayacaklardır.⁵⁵ Nitekim tüketiciler marka hakkına tecavüze konu ürünleri satın alarak bu ürünlerin mülkiyetine sahip olmakta ve ürünlerde diledikleri şekilde tasarrufta bulunma yetkisini haiz olmaktadır.⁵⁶ SMK'nin 153/1. maddesinde bu hususu doğrulayan şu düzenlemeye yer verilmiştir: “(1) *Sınai mülkiyet hakkı sahibi, hakkına tecavüz eden tarafından piyasaya sürülmüş ürünleri kişisel ihtiyaçları ölçüsünde elinde bulunduran veya kullanan kişilere karşı, bu Kanunda yer alan hukuk davalarını açamaz veya ceza davası açılması için şikayette bulunamaz.*” Bununla birlikte SMK'nin 153/2. maddesinde, aynı kişisel ihtiyacı olan tüketiciler açısından geçerli olduğu gibi suçun faili olamayacak bir kesime daha yer verilmiştir. Buna göre marka sahibi bir şahıs, neden olduğu zararlardan dolayı kendisine tazminat ödeyen kişi tarafından aynı marka sahibinin el koymaması sebebiyle piyasaya sürülmüş olan ürünleri ticari amaçla kullanmakta olan kişilere karşı SMK hükümleri dahilinde hukuk davaları açamayacak ve bu kişiler hakkında kamu davası açılması için şikayette bulunamayacaktır.⁵⁷

Tüzel kişilerin hareket yeteneğine sahip olmamaları, buna bağlı olarak kusur yeteneğine sahip olmamaları nedeniyle suçun faili olabilmeleri mümkün değildir.⁵⁸ Ceza sorumluluğunun şahsiliği prensibi gereği tüzel kişilerin bir suçun işlenmesi bakımından şüpheli ve sanık sıfatını alabilmeleri

Nuhoğlu/Adem Sözüer/Faruk Turhan (Ed.), *Dr. Dr. h.c. Silvia Tellenbach'a Armağan*, Seçkin Yayıncılık, 2018, s. 426; Zahit Yılmaz, “Marka Hakkına İktibas veya İltibas Suretiyle Tecavüz Suçu”, *Terazi Hukuk Dergisi*, 16(178), 2021, s. 1179-1180.

⁵³ Suçların *failin kanuni tarifte aranan niteliğine göre* yapılan tasnifinde, hareket yeteneğine sahip herhangi bir gerçek kişinin fail olabileceği suçlar *genel suçlar* başlığı altında değerlendirilmekteyken kanuni tarifte ancak belli özelliğe sahip olanların fail olabileceği suçlar *özümlü suçlar* başlığıyla değerlendirilmektedir. Bkz. Koca/Üzülmez, s. 115.

⁵⁴ Çetin Arslan/Didar Özdemir, “Türk Hukukunda Marka Suçları-Sorunlu Noktalar Üzerine Bir İnceleme”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 65(4), 2016, s. 1092; Güneş, s. 145; Koca/Üzülmez, s. 115; Yılmaz, s. 1179-1180.

⁵⁵ Güneş, s. 145; Nuhoğlu, s. 427; Uzunallı, s. 244.

⁵⁶ Güneş, s. 145; Nuhoğlu, s. 427.

⁵⁷ Nuhoğlu, s. 427; Uzunallı, s. 245.

⁵⁸ Koca/Üzülmez, s. 114; Özgenç, s. 213.

söz konusu olmamaktadır.⁵⁹ Çünkü bir fiilin mevcudiyetinden bahsederken bunun mutlak surette insan ile ilişkilendirilmesi gerekmektedir. Nitekim belli bir amaç doğrultusunda hareket edebilme yeteneği yalnızca insanlara özgü bir durumdur. Dolayısıyla işlenmiş bir suçun faili sadece gerçek kişi olabileceğinden, suçun faili olamayacak yahut azmettiren veya yardım eden olarak suça iştirak edemeyecek tüzel kişilerin cezai sorumlulukları da bulunmamaktadır.⁶⁰ Bu sebeple tüzel kişiler hakkında ceza yaptırımını uygulanamamakta, suçun tüzel kişinin yararına yahut faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde ise tüzel kişilere güvenlik tedbirleri mahiyetinde müsadere veya iznin iptali gibi birtakım ceza hukuku yaptırımları uygulanabilmektedir. Ancak dikkat edilmesi gerekirse, tüzel kişi hakkında güvenlik tedbirine hükmedilebilmesi suçun faili olabileceği anlamına gelmemektedir.⁶¹ Sonuçta bütün bu açıklamalar çalışmamızın konusuna uyarlandığında tüzel kişiler, SMK'nin 30/1. maddesinde hüküm altına alınan marka hakkına tecavüz suçunun faili olamayacaklar veya azmettiren yahut yardım eden olarak bu suça iştirak edemeyeceklerdir.

2. Mağdur Unsuru

Mağduru olmayan bir suç olamayacağı gibi bütün suçlar açısından mağdur sıfatına sahip olabilecek kişiler yalnızca gerçek kişilerdir.⁶² SMK'nin 30/1. maddesinde düzenlenen marka hakkına tecavüz suçunun mağduru gerçek kişi marka sahibidir.⁶³ Tüzel kişinin suçun mağduru olabilme durumu ise doktrinde tartışmalıdır.⁶⁴

Anonim şirket veya limited şirket gibi marka sahibi bir tüzel kişinin yürütme organında bulunan veya hissedarları olan gerçek kişiler suçun

⁵⁹ Bahri Öztürk/Durmuş Tezcan/Mustafa Ruhan Erdem/Özge Sırma Gezer/Yasemin F. Saygılar Kırıt/Esra Alan Akcan/Özdem Özaydın/Efser Erden Tüttüncü/Derya Altınok Villemin/Mehmet Can Tok/Bahri Öztürk (Ed.), *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, 12. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2018, s. 241; Cumhur Şahin, *Ceza Muhakemesi Hukuku I*, 9. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2018, s. 30; Koca/Üzülmez, s. 114.

⁶⁰ Koca/Üzülmez, s. 114; Özgenç, s. 213-214.

⁶¹ Özgenç, s. 213.

⁶² Özgenç, s. 225.

⁶³ Arslan/Özdemir, s. 1093; Esra Bulut, "Başkasına Ait Tescilli Marka Kullanılarak Hizmet Satışı ve İddianamede Belirtilen Suç Dışında Hüküm Kurulmasına İlişkin Karar Tahlili: YCGK, 2018/614 E., 2021/269 K., 10.06.2021.", *Karar İncelemeleri Dergisi*, 1(1-2), 2022, s. 330; Yılmaz, s. 1180.

⁶⁴ Arslan/Özdemir, s. 1093.

mağduru olarak değerlendirilebilecek, buna karşın tüzel kişi marka sahibi suçtan zarar görmüş olsa da mağdur sıfatını haiz olamayacaktır.⁶⁵ Dolayısıyla marka hakkı tecavüze uğramış marka sahibinin tüzel kişi olması durumunda bu kişi suçtan zarar gören⁶⁶ sıfatına sahip olabilecektir.⁶⁷

3. Konu Unsuru

SMK'nin 30/1. maddesinde düzenlenen marka hakkına tecavüz suçunun konu unsuru, aşağıda belirttiğimiz seçimlik hareketler bağlamında, iktibas yahut iltibas suretiyle tecavüze uğrayan tescilli marka ile markanın tescilli olduğu mal ve/veya hizmetlerdir.⁶⁸ SMK'nin 30/5. maddesi uyarınca marka hakkına tecavüz suçunun konusunu oluşturan marka, SMK ile Sınai Mülkiyet Kanununun Uygulanmasına Dair Yönetmeliğin⁶⁹ ilgili hükümlerine uygun olarak Türkiye'de tescil edilmiş bir marka olmalıdır. Türkiye'de tescilsiz olan markalarsa SMK'nin 30/1. maddesinde düzenlenen suçun konusunu oluşturmayacaklardır.⁷⁰ Sonuçta SMK'nin 7/1. maddesine göre marka koruması tescil yoluyla elde edildiğinden, tescilsiz markaların kanun koyucunun nazarında marka hakkına tecavüz suçunun konusunu teşkil etmemesi olağan bir durumdur.

4. Fiil Unsuru

Marka hakkına tecavüz suçunun fiil unsuruna ilişkin değerlendirme yapılırken SMK'nin 30/1. maddesinde sayılan hareketlerden bahsedilmesi gerekecektir. Bu hareketler, başkasına ait marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz ederek; mal üretmek yahut hizmet sunmak, satışa arz etmek veya satmak, ithal ya da ihraç etmek, ticari amaçla satın almak, bulundurmak, nakletmek veya depolamak şeklindeki hareketlerden ibarettir. Bu durumda suçun fiil unsurunun mevcudiyeti bakımından öncelikle failin başkasına ait tescilli bir markaya iktibas veya iltibas⁷¹ suretiyle tecavüzde bulunması

⁶⁵ Arslan/Özdemir, s. 1093; Özgenç, s. 225; Yılmaz, s. 1180.

⁶⁶ Kural olarak mağdur, aynı zamanda suçun işlenmesi sebebiyle suçtan zarar gören sıfatına sahiptir. Fakat tüzel kişilerde olduğu gibi bir suçun işlenmesi sebebiyle suçtan zarar gören her durumda mağdur sıfatına sahip değildir. Bkz. Özgenç, s. 224.

⁶⁷ Arslan/Özdemir, s. 1093; Yılmaz, s. 1180.

⁶⁸ Nuhoglu, s. 426.

⁶⁹ Resmi Gazete No: 30047, Resmi Gazete Tarihi: 24.04.2017, Kurum: Türk Patent ve Marka Kurumu.

⁷⁰ Yılmaz, s. 1181.

⁷¹ SMK 30. madde taslağının gerekçesinde, maddenin birinci fıkrasında bulunan iltibas

gerekmektedir ve bu şart, suçun bağlı hareketli suçlar dahilinde kaldığını göstermektedir.⁷²

Tescilli bir markadan doğan haklara tecavüz sayılan fiiller SMK'nin 29/1. maddesinde sayılmıştır.⁷³ Bu fiiller: a) Marka sahibinin izni olmaksızın markayı SMK'nin 7. maddesinde yer verilen biçimlerde kullanmak; b) Marka sahibinin izni bulunmaksızın markayı veya ayırt edilemeyecek kadar benzerini kullanarak markayı taklit etmek; c) Marka tecavüzünü oluşturan işareti taşıyan ürünleri ticarete kullanmak; ç) Marka sahibi tarafından lisans yoluyla verilmiş hakları izinsiz genişletmek veya bu hakları üçüncü kişilere devretmek.⁷⁴

SMK'nin 29/1-(a) maddesi SMK'nin 7. maddesine atıf yaptığından, tescilli bir markaya iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz oluşturan fiillerin belirlenmesinde, marka hakkının koruma kapsamını da düzenleyen SMK'nin 7/2. maddesinin dikkate alınması lazım gelmektedir.⁷⁵ Bu düzenlemenin (a) bendine göre tescilli bir markanın *iktibas* suretiyle tecavüze uğradığından bahsedebilmesi için tescilli marka ile aynı veya ayırt edilemeyecek kadar benzer olan herhangi bir işaretin, marka tescili kapsamına giren mal veya hizmetlerde kullanılması gerekmektedir.⁷⁶ Düzenlemenin (b) bendine göre tescilli bir markanın *iltibas*⁷⁷ suretiyle tecavüze uğradığından bahsedebilmesi için tescilli marka ile aynı veya benzer olan ve tescilli markanın kapsadığı mal veya hizmetlerle aynı veya benzer mal veya hizmetleri kapsayan ve bu nedenle halk tarafından tescilli marka ile ilişkilendirilme ihtimali de dahil karıştırılma ihtimali bulunan herhangi bir işaretin kullanılması gerekmektedir.⁷⁸ Dolayısıyla iltibas suretiyle marka hakkında tecavüzde ön plana çıkan husus, iktibasta

kavramıyla karıştırılma ihtimalinin kastedildiği belirtilmiştir.

⁷² Bulut, s. 329; Yılmaz, s. 1182.

⁷³ Tescil edilmemiş markadan doğan haklara tecavüzün varlığı halinde, TTK'nin haksız rekabete ilişkin hükümleri uygulanmaktadır. Bkz. Suluk/Karasu/Nal, s. 229; Yılmaz, s. 1181.

⁷⁴ Suluk/Karasu/Nal, s. 229-231.

⁷⁵ Suluk/Karasu/Nal, s. 216; Uzunallı, s. 162-163.

⁷⁶ Bulut, s. 329; Yılmaz, s. 1182-1183. Ayrıca SMK'nin 29/1-(b) maddesinin, iktibas kavramından ne anlaşılması gerektiği noktasında bilgi verdiği doktrinde belirtilmektedir. Bkz. Yılmaz, s. 1182.

⁷⁷ İltibas kavramı SMK hükümlerinde sarih olarak tanımlanmamıştır. Bkz. Yılmaz, s. 1183. SMK'nin 30. madde Taslağının gerekçesinde ise maddenin ilk fıkrasında yer alan iltibas kavramıyla karıştırılma ihtimalinin kastedildiği belirtilmiştir.

⁷⁸ Ülgen Aslan Düzgün, "İltibas Suretiyle Markaya Tecavüz", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 9(36), 2018, s. 154; Suluk/Karasu/Nal, s. 216; Uzunallı, s. 162.

aranan aynı veya ayırt edilemeyecek kadar benzer olan işaretin kullanımından farklı olarak halk nezdinde karışıklığa yol açan benzer işaretin kullanımındır.⁷⁹

SMK'nin 30. maddesinden önce marka hakkına tecavüze ilişkin cezai hükümler, mülga 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin⁸⁰ 61/A maddesinde⁸¹ hüküm altına alınmıştır. 556 sayılı KHK'nin 61/A maddesinin 1. fıkrasında, başkasına ait marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz ederek mal veya hizmet üreten, satışa arz eden veya satan kişinin, bir yıldan üç yıla kadar hapis ve yirmibin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılacağı düzenlenmiştir. SMK'nin 30/1. maddesinde olduğu gibi marka hakkına tecavüz suçunun fiil unsuru bakımından 556 sayılı KHK'nin 61/A maddesinin 1. fıkrasında iktibas ve iltibas suretiyle tecavüz kavramlarına yer verilmiştir. 556 sayılı KHK'nin marka tescilinden doğan hakların kapsamını düzenleyen 9. maddesinin 1. fıkrasının (a) bendinde iktibas kavramının yerine tescilli markayla aynı olan herhangi bir işaretin kullanılması kavramına yer verilmiş, aynı maddenin 1. fıkrasının (b) bendinde ise iltibas kavramının yerine halk tarafından karıştırılma ihtimali bulunan herhangi bir işaretin kullanılması kavramına yer verilmiştir. Bu yönüyle 556 sayılı KHK'nin iktibas ve iltibas kavramları bakımından kendi içinde farklılıklar taşıdığı ve bu durumun kavram bütünlüğüne zarar verdiği doktrinde eleştirel açıdan ifade edilmiştir.⁸² Bu farklılığın SMK'nin 7/2. maddesi ile 30/1. maddesi bağlamında halihazırda devam etmekte olduğu söylenebilecektir. SMK'de kavramlar arasındaki bu farklılığın devam ettirilmesi ise yeni bir kanunla kavramlar birliğinin sağlanması gerekçesi

⁷⁹ Bulut, s. 329; Yılmaz, s. 1183.

⁸⁰ Mevzuat No: 556, Kabul Tarihi: 24.06.1995, Resmi Gazete No: 24.06.1995, Resmi Gazete Tarihi: 27.06.1995. Kısaca 556 sayılı KHK olarak anılacaktır. AB düzenlemelerine uyum sağlamak amacıyla Bakanlar Kurulunca 08/06/1995 tarihli 4113 sayılı Kanun'un verdiği yetki dayanılarak, markaların korunması hakkında düzenlemeler yapılması 24/06/1995 tarihinde kararlaştırılmış ve 556 sayılı KHK meydana getirilmiştir. 556 sayılı KHK, 551 sayılı Markalar Kanunu'nun cezai hükümleri haricindeki maddelerini yürürlükten kaldırmıştır. 03/11/1995 tarihli 4128 sayılı Kanun'un 5. maddesiyle 556 sayılı KHK'ye 61/A hükmü eklenerek 551 sayılı Markalar Kanunu'nun cezai düzenlemeleri de yürürlükten kaldırılmıştır. Bkz. Egemen Esen, s. 719-720.

⁸¹ 556 sayılı KHK'nin 61/A maddesi, 22/06/2004 tarihli 5194 sayılı Kanun'un 16. maddesiyle ve 21/01/2009 tarihli 5833 sayılı Kanun'un 3. maddesiyle iki kere değişikliğe uğramıştır. Çalışmamızda değinilen 556 sayılı KHK'nin 61/A maddesi, 5833 sayılı Kanun'un 3. maddesiyle değişik maddedir.

⁸² Hayrettin Çağlar, "556 Sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'de 28.01.2009 Tarihinde Yapılan Değişiklikler Üzerine Bir Değerlendirme", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 11(1-2), 2007, s. 105.

üzerinden doktrinde eleştirilmiştir.⁸³

İktibas veya iltibas suretiyle tescilli bir markaya tecavüzün varlığı ortaya çıkarıldığında, suçun kanuni tanımındaki hareketlerden en az birinin gerçekleştirilmesi marka hakkına tecavüz suçunun fiil unsurunun tamamlanabilmesi açısından yeterli olacaktır.⁸⁴ Doktrinde ifade edildiği üzere seçimlik hareketli suçlar, suçun kanuni tanımında birbirlerinin alternatifi olarak gösterilen hareketlerden herhangi birinin gerçekleştirilmesi suretiyle işlenebilen suçlardır.⁸⁵ Bu nedenle SMK'nin 30/1. maddesindeki marka hakkına tecavüz suçu seçimlik hareketli suçların arasında yer almaktadır.⁸⁶ SMK'nin 30/1. maddesinde sayılan hareketlerin tamamı yahut birden fazlası fail tarafından gerçekleştirilse dahi tek bir suç oluşacaktır.⁸⁷

Suçun fiil unsurunun yalnızca mal veya hizmet üretmek, satışı arz etmek veya satmak hareketleriyle sınırlandırılmasının marka hakkının etkin bir şekilde korunabilmesi noktasında zayıflık oluşturabileceği belirtilerek, 556 sayılı KHK'nin 61/A maddesi doktrinde eleştiriye uğramıştır.⁸⁸ SMK'nin 30/1. maddesinde, 556 sayılı KHK'nin 61/A maddesiyle aynı şekilde suçun fiil unsuru bakımından mal üretmek veya hizmet sunmak, satışı arz etmek veya satmak hareketlerine yer verilmiş, suçun cezası aynı kalacak şekilde düzenlemeler arasında farklılık olarak ise ithal ya da ihraç etmek, ticari amaçla satın almak, bulundurmak, nakletmek veya depolamak hareketlerine yer verilmiştir.⁸⁹ Sonuçta bu şekilde marka hakkının etkin şekilde korunabilmesi noktasındaki zayıflığın bir açıdan aşılabildiği söylenebilecektir.

SMK'nin 30/1. maddesindeki kanuni tanımda yer verilen seçimlik hareketlerin mahiyeti dikkate alındığında, suçun kesintisiz (mütemadi) suçlar arasında kaldığı görülecektir. Nitekim kesintisiz suçlar, kanuni tanımda yer

⁸³ Çağlar, 2017, s. 150.

⁸⁴ Arslan/Özdemir, s. 1094.

⁸⁵ Bulut, s. 329-330; Koca/Üzülmez, s. 124.

⁸⁶ Bulut, 339; Nuhoğlu, s. 427; Yılmaz, s. 1182.

⁸⁷ Yılmaz, s. 1184. SMK'nin 30/1. maddesinde düzenlenen seçimlik hareketlerin tamamı veya birden ziyadesinin fail tarafından gerçekleştirilmesi durumunun, failin cezasının belirlenmesi bağlamında TCK'nin 61. maddesiyle dikkate alınabileceği doktrinde belirtilmektedir. Bkz. Yılmaz, s. 1184.

⁸⁸ Çağlar, 2007, s. 105-106.

⁸⁹ Çağlar, 2017, s. 150.

alan hareketlerin icrasının süregeldiği suçlardır.⁹⁰ Marka hakkına tecavüz suçu hareketlerinden herhangi birinin icrası da süreklilik gösteren niteliktedir. Örneğin tescilli markaya iktibas ve iltibas suretiyle tecavüz edilmek suretiyle hizmet sunulması durumunda, hizmet sunma hareketinin icrası mahiyeti bakımından süreklilik gösterecektir. Bu kapsamda hareketin icrası devam ettiği sürece fiilin ifade ettiği haksızlık gerçekleşmeye devam etmiş olacaktır.⁹¹

SMK'nin 29/1-(a) maddesinin atıf yaptığı 7/2-(b) maddede yer verilen *ilişkilendirilme ihtimali de dahil karıştırılma ihtimali* hükmüyle sonucun ortaya çıkmasının aranmadığı dikkate alındığında iltibas suretiyle işlenen marka hakkına tecavüz suçu tehlike suçudur.⁹² Doktrinde belirtildiği üzere tehlike suçları, somut tehlike ve soyut tehlike suçları olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Somut tehlike suçları, ilgili norma aykırı davranışın suçun konusu bakımından tehlikeli olabileceği mülahazasına dayanmakta ve tehlikenin somut bir şekilde ortaya çıkması halinde cezaya layık görülmektedirler. Soyut tehlike suçlarında ise kanuni tanımda yer verilen hareket(ler)in gerçekleştirilmesi, tehlikenin ve dolayısıyla suçun oluşumu bakımından yeterli görülmektedir.⁹³ Marka hakkına tecavüz suçunun tamamlanması için failin haksız bir kazanç veya yarar sağlaması yahut gerçekleştirilen fiilin neticesinde herhangi bir zararın veya somut tehlikenin ortaya çıkması şart değildir. Bu sebeplerle marka hakkına tecavüz suçu, suçun kanuni tanımında yer alan seçimlik hareketlerden herhangi birinin gerçekleştirilmesiyle tamamlanmış olacağından soyut tehlike suçudur.⁹⁴

Ç. Marka Hakkına Tecavüz Suçunun Manevi Unsurları

SMK'nin 30/1. maddesindeki marka hakkına tecavüz suçu kasten işlenebilen bir suçtur. TCK'nin 22/1. maddesine göre taksirle gerçekleştirilen fiiller yalnızca kanunun açıkça belirttiği durumlarda cezalandırılmaktadır. SMK'nin 30. maddesinde açıkça belirtilmediğinden, marka hakkına tecavüz suçunun taksirle işlenmiş hali cezalandırılmayacaktır.⁹⁵ Bu durumda TCK'nin 21/1. maddesi uyarınca marka hakkına tecavüz suçunun kasten işlenmesi için failin, başkasının marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz ederek

⁹⁰ Koca/Üzülmez, s. 125.

⁹¹ Koca/Üzülmez, s. 126.

⁹² Aslan Düzgün, s. 154.

⁹³ Koca/Üzülmez, s. 120-121.

⁹⁴ Aslan Düzgün, s. 153; Nuhoğlu, s. 434.

⁹⁵ Nuhoğlu, s. 432.

suçun kanuni tanımında yer verilen seçimlik hareketleri bilerek ve isteyerek gerçekleştirilmesi gerekmektedir.⁹⁶

Fiilin belirli amaca yöneltilerek gerçekleştirilmesi halinde özel kasttan bahsedilecektir. Marka hakkına tecavüz suçunun kanuni tanımında yer alan seçimlik hareketler suçun özel kastla işlenebileceğine işaret etmektedir.⁹⁷ Nitekim SMK'nin 30/1. maddesinde yer alan satın almak, bulundurmak, nakletmek, depolamak hareketleri açısından suçun kanuni tanımında *ticari amaç* ifadesine yer verilerek, bu hareketler bağlamında marka hakkına tecavüz suçunun özel kastla işlenebileceğine kanun koyucu tarafından açıkça işaret edilmiştir. Aynı maddede düzenlenen mal üretmek, hizmet sunmak, satışa arz etmek, satmak, ithal etmek ve ihraç etmek hareketleri bakımından ticari amaç ifadesi belirtilmemiştir. Fakat doğası gereği bu hareketler zaten ticari amaçla gerçekleştirilmektedirler. Neticede marka hakkına tecavüz suçunun kanuni tanımında yer alan seçimlik hareketlerin ticari amaçla gerçekleştirilmemesi durumunda, marka hakkına tecavüz suçu oluşmayacak ve cezai sorumluluk ortadan kalkacaktır.⁹⁸ Marka hakkına tecavüz suçu için aranan özel kast açısından ticari amacın varlığı gerekliliğine dolaylı yoldan değinen bir diğer hüküm SMK'nin 153/1. maddesidir. Bu düzenlemeye göre sınai mülkiyet hakkı sahibi, marka hakkına tecavüz eden tarafından piyasaya sürülen ürünleri kişisel ihtiyaçları ölçüsünde elinde bulunduran yahut kullanan kişilere karşı SMK hükümleri dahilinde ceza davası açılması için şikayette bulunamayacaktır.

Dünya Ticaret Örgütü Kuruluş Antlaşması'nın ekini teşkil eden ve Türkiye'nin tarafı⁹⁹ olduğu Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Hakları Antlaşması'nın (TRIPS) 61. maddesine¹⁰⁰ göre taraf devletler en azından,

⁹⁶ Arslan/Özdemir, s. 1097-1098; Nuhoğlu, s. 432-433.

⁹⁷ Nuhoğlu, s. 433.

⁹⁸ Aslan Düzgün, s. 155; Nuhoğlu, s. 433.

⁹⁹ Dünya Ticaret Örgütü Kuruluş Antlaşması ve TRIPS'nin onaylanması, 29/01/1995 tarihli 22186 numaralı Resmi Gazetede yayımlanan 4067 sayılı Kanunla uygun bulunmuştur.

¹⁰⁰ TRIPS'nin 61. maddesi taraf devletlere, marka hakkına tecavüz bakımından suç ve ceza içeren düzenlemeler yapılması zorunluluğunu getirmiş, marka hakkı haricinde kalan sınai mülkiyet haklarının ihlalleri yönündense bir zorunluluk getirmemiştir. Sonuçta kanun koyucu TRIPS'nin 61. maddesini dikkate alarak coğrafi işaret, tasarım, patent ve faydalı modellerden doğan haklara tecavüz açısından SMK'de suç ve ceza içeren düzenlemelere yer vermemiştir. Bkz. Hanife Öztürk Akkartal/P. Çağla Kandiraloğlu Cuyulan, "Sınai Mülkiyet Kanunu Hükümleri Işığında Haksız Rekabet Suçuna İlişkin Değerlendirme", *Fasikül Hukuk Dergisi*, 10(100), 2018, s. 104-105. Marka hakkına tecavüz haricinde kalan diğer

ticari ölçekte bilerek marka sahtekarlığı halinde uygulanacak cezai usul ve cezaları hükme bağlayacak, başvurulacak telafi yöntemleri eşdeğer ağırlıktaki suçlara uygulanan ceza düzeyine uygun, yeterince caydırıcı nitelikte olan hapis ve/veya para cezalarını içerecektir.¹⁰¹ Görüldüğü üzere marka hakkına tecavüzü cezai yaptırıma tabi bir suç olarak taraf devletlerin iç hukuklarında düzenlenmesi yükümlülüğünü getiren TRIPS'nin 61. maddesi, ticari ölçekte bilerek marka tecavüzünde bulunulması durumuna yer vermekle marka hakkına tecavüz suçunun manevi unsuru bağlamında özel kasta açıkça işaret etmektedir.

D. Kararların Eleştirisi

Yukarıda detaylarını belirttiğimiz ilk derece mahkemesi kararlarının her birinde, sanığın dava konusu iş yerinde hizmet sunmak hareketi kapsamındaki tescilsiz markasal kullanımının katılan adına tescilli markaya iltibas suretiyle tecavüz oluşturduğu belirtilmiştir. Bu bağlamda söz konusu kararlarda, marka hakkına tecavüz suçuna ilişkin tipikliğin maddi unsurlarının ve özellikle suçun fiil unsurunun mevcudiyeti kabul edilmiştir. Her ne kadar CMK'nin 223/2-(a) maddesi yerine CMK'nin 223/2-(c) maddesini ilgilendirse de kararların her birinde sanığın kastının bulunmadığına dair herhangi bir gerekçe yer almadığından, kararlarda marka hakkına tecavüz suçunun manevi unsurunun mevcudiyeti kabul edilmiştir. Netice itibarıyla ilk derece mahkemesi kararlarındaki bütün bu kabuller, SMK'nin 30/1. maddesinde düzenlenen marka hakkına tecavüz suçunun maddi unsurlarının ve dolayısıyla (manevi unsurun varlığıyla birlikte) tipik haksızlığın sanığa yüklenen fiil bakımından oluştuğunu, CMK'nin 223/2-(a) maddesinde düzenlenen hükmün aksine sanığa yüklenen fiilin kanunda suç olarak tanımlanmış olduğunu göstermektedir. Buna göre CMK'nin 223/2-(a) maddesine dayanılarak verilmiş olan yukarıda detaylarını belirttiğimiz ilk derece mahkemesi beraat hükümleri hukuka uygun değildir. Diğer yandan kararlarda sanığa yüklenen fiilin tipe uygun olduğu ve dolayısıyla tipik haksızlık teşkil ettiği ortaya çıktığından, fiilin haksızlık teşkil edip etmediğinin ortaya konabilmesi için tipik fiilin gerçekleştirilmesine müsaade eden bir hukuk kuralının mevcut olup olmadığına hukuka aykırılık unsuru bağlamında ayrıca araştırılması gerekmektedir. İstinaf incelemesinden

sınai mülkiyet haklarına tecavüz bakımından SMK'de suç ve ceza içeren düzenlemelere yer verilmemiş olması, bu farklılığın haklı gerekçesinin bulunmaması, bir hukuk politikası olarak kabulünün mümkün olmaması gerekçeleri üzerinden doktrinde eleştiriye uğramıştır. Bkz. Çağlar, 2017, s. 150.

¹⁰¹ Aslan Düzgün, s. 155.

geçerek kesinleşmiş olan ilk derece mahkemesi kararlarında hukuka aykırılık unsuruna ilişkin araştırma, SMK'nin 25/6. maddesi ile sessiz kalma nedeniyle hak kaybı doğrultusunda katılanın (ilgilinin) rızası üstünden yapılmış olmasına karşın beraat hükümlerine CMK'nin 223/2-(a) maddesi esas alınmıştır.

Aşağıda belirttiğimiz istinaf mahkemesi kararlarında ise CMK'nin 223/2-(a) maddesine dayanılarak verilen (aynı nitelikteki) ilk derece mahkemesi beraat hükümlerinin hukuka uygun olmadığı eleştirmeye paralel bir biçimde ortaya konmuştur. İlk derece mahkemesi kararlarında, sanığın dava konusu iş yerinde hizmet sunmak kapsamındaki tescilsiz markasal kullanımının katılan adına tescilli markaya iltibas suretiyle tecavüz oluşturduğu ifade edilmiştir. Buna karşın kararların devamında, SMK'nin 25/6. maddesi, sessiz kalma nedeniyle hak kaybı ve katılanın rızası gerekçe gösterilerek sanık hakkında CMK'nin 223/2-(a) maddesi üzerinden beraat hükmü verilmiştir.¹⁰² Bu kararlara karşı katılan taraf istinaf kanun yoluna başvurmuştur. Başvuruların sonucunda verilmiş olan istinaf mahkemesi kararlarında, sabit görülen fiilin kanunda suç olarak tanımlanmadığı, başka ifadeyle fiilin suç tipine uymadığının ve suç unsurlarının oluşmadığının tespit edilmesi durumunda CMK'nin 223/2-(a) maddesine göre beraat hükmünün kurulmasının gerekli olduğu ifade edilmiştir. Kanunda düzenlenen ilgili suçun maddi ve manevi unsurlarının mevcut olması durumunda ise CMK'nin 223/2-(a) maddesine göre beraat hükmü kurulmasının mümkün olmadığı aynı istinaf mahkemesi kararlarında belirtilmiştir. Kararların devamında ise sanık savunması, kolluk tutanağı, marka tescil belgesi, bilirkişi raporu ve karar gerekçesindeki kabuller dikkate alınarak sanığın sabit görülen fiilleriyle katılan tarafın marka hakkına tecavüz ettiğinin anlaşıldığı ifade edilmiştir.¹⁰³

III. CMK'NİN 223/2-(D) MADDESİ UYARINCA VERİLMİŞ KESİN BERAAT HÜKÜMLERİNİN İNCELENMESİ

Yukarıda belirttiğimiz istinaf mahkemesi kararlarında bir hukuka uygunluk nedeni olan ilgilinin rızasının, kişinin üzerinde mutlak surette

¹⁰² İlk derece mahkemesi kararları için bkz. Ankara 1. Fikri ve Sınai Haklar Ceza Mahkemesinin 15/12/2020 T., 2019/290 E., 2020/280 K. sayılı kararı; Ankara 1. Fikri ve Sınai Haklar Ceza Mahkemesinin 22/09/2020 T., 2019/205 E., 2020/144 K. sayılı kararı; Ankara 1. Fikri ve Sınai Haklar Ceza Mahkemesinin 18/02/2020 T., 2019/147 E., 2020/52 K. sayılı kararı.

¹⁰³ İstinaf mahkemesi kararları için bkz. Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 23. Ceza Dairesinin 28/09/2021 T., 2021/450 E., 2021/3805 K. sayılı kararı; Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 23. Ceza Dairesinin 28/09/2021 T., 2020/3211 E., 2021/3796 K. sayılı kararı; Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 23. Ceza Dairesinin 28/09/2021 T., 2020/2459 E., 2021/3791 K. sayılı kararı.

tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiilden dolayı ceza verilmeyeceği şeklinde TCK'nin 26/2. maddesinde düzenlenmiş olduğu, bu düzenlemenin uygulanabilmesi içinse kişinin suçun konusu üstünde serbest şekilde tasarrufta bulunma hakkına sahip olması, kişinin rıza ehliyetinin bulunması ve rızanın açıklanmasının gerekmekte olduğu, bu koşullara sahip bir rızanın fiilin işlenmesinden önce ve en geç işlendiği sırada mevcut olmasının şart olduğu, bir kimsenin hangi hakların üzerinde mutlak surette tasarrufa yetkili olduğu hususu ile ehliyet konusunun bütün mevzuat hükümleri dikkate alınarak tespit edilmesinin gerektiği ve bir kimsenin mal varlığına ilişkin hakları üzerinde serbestçe tasarruf etme hakkına sahip olduğunun tartışmasız nitelikte olduğu ifade edilmiştir. Neticede aynı istinaf mahkemesi kararlarında, sanığın katılanın tescilli markasını uzun yıllardır uyuşmazlık olmadan kullanması ile SMK'nin 25/6. maddesi bir arada gözetildiğinde markasının kullanılması hususunda katılanın rızasının olduğu, markasının bir başkası tarafından kullanılması hususunda katılanın mutlak surette tasarrufa yetkili olduğunun anlaşıldığı ve söz konusu rızanın hukuka uygunluk nedeni teşkil ettiği belirtilmiştir. Bütün bu gerekçelerle istinaf mahkemesi kararlarında, sanık hakkında TCK'nin 26/2 ve CMK'nin 223/2-(d) maddeleri gereğince beraat kararının verilmesi yerine CMK'nin 223/2-(a) maddesine göre beraat kararı verilmesinin hukuka aykırı olduğu kabul edilmiştir. Neticede istinaf mahkemesi kararlarının hüküm kısımlarında, CMK'nin 280/1-(a) ve 303. maddeleri uyarınca ilk derece mahkemesi kararlarının birinci bendinde yer alan kısmın çıkartılmasına ve bunun yerine *sanık hakkında marka hakkına tecavüz etmek suçundan cezalandırılması talebiyle kamu davası açılmış ise de hukuka uygunluk sebebi bulunduğundan TCK'nin 26/2. maddesi ile CMK'nin 223/2-(d) maddesi gereğince sanığın beraatine* cümlesi yazılarak ilk derece mahkemesi beraat kararının düzeltilmesine ve katılanın istinaf başvurusunun esastan reddine kesin olarak karar verilmiştir.¹⁰⁴

¹⁰⁴ İlk derece mahkemesi ve istinaf mahkemesi kararları için bkz. Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 23. Ceza Dairesinin 28/09/2021 T., 2021/450 E., 2021/3805 K. sayılı kararı ile 28/09/2021 tarihinde kesinleşen Ankara 1. Fikri ve Sınai Haklar Ceza Mahkemesinin 15/12/2020 T., 2019/290 E., 2020/280 K. sayılı kararı; Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 23. Ceza Dairesinin 28/09/2021 T., 2020/3211 E., 2021/3796 K. sayılı kararı ile 28/09/2021 tarihinde kesinleşen Ankara 1. Fikri ve Sınai Haklar Ceza Mahkemesinin 22/09/2020 T., 2019/205 E., 2020/144 K. sayılı kararı; Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 23. Ceza Dairesinin 28/09/2021 T., 2020/2459 E., 2021/3791 K. sayılı kararı ile 28/09/2021 tarihinde kesinleşen Ankara 1. Fikri ve Sınai Haklar Ceza Mahkemesinin 18/02/2020 T., 2019/147 E., 2020/52 K. sayılı kararı.

A. Suç Teorisi Bağlamında Suçun Hukuka Ayrılık Unsuru

Suç teşkil eden haksızlığın belirlenmesinde fiil için üç aşamalı değerlendirme yapıldığı yukarıda tarafımızca belirtilmiştir. İlk aşamada haksızlık değerlendirmesine konu olabilecek bir fiilin varlığının tespit edilmesi, ikinci aşamada bu fiilin tipe uygunluğunun tespit edilmesinden sonra, *fiilin tüm hukuk düzeni bakımından değerlendirilmesini* konu alan üçüncü aşamada fiilin hukuka aykırı olup olmadığı değerlendirilecektir.¹⁰⁵ Değerlendirilecek olan hukuka aykırılık ise gerçekleştirilen fiilin salt ceza hukukuna aykırılığını değil bütün hukuk düzenine aykırılığını temsil etmektedir.¹⁰⁶ İkinci aşama kapsamında fiilin tipe uygun olduğunun tespitiyle bu fiilin her durumda hukuka aykırı olduğu söylenemeyecektir çünkü fiilin tipe uygunluğu onun hukuka aykırı olduğuna karine teşkil etse dahi tipik fiilin gerçekleştirilmesine müsaade eden bir hukuk kuralının mevcut olup olmadığının ayrıca araştırılması gerekecektir.¹⁰⁷ Ceza hukukunun dışında kalan bir hukuk düzeninin ilgili fiilin gerçekleştirilmesine müsaade eden bir kuralı ihtiva etmesi halinde, o fiil artık hukuka aykırı olarak addedilmeyecektir. İşte fiilin hukuka aykırılık unsurunu ortadan kaldıran ve fiili bütün hukuk düzeni açısından hukuka uygunluk niteliğine kavuşturan nedenler *hukuka uygunluk nedenleri* olarak isimlendirilmektedir.¹⁰⁸ Sonuçta hukuka uygunluk nedeninin varlığı durumunda fiilin hukuka aykırılığında bahsedilemeyecek, hukuka uygunluk nedeninin olmadığı halde ise söz konusu fiilin hukuka aykırı olduğu, hukuka aykırılık unsurunu taşıdığı neticesine ulaşılabilecektir.¹⁰⁹ *Hukuk düzeninin birliği ilkesi* gereğince, özel yahut kamu hukukundan kaynaklanan yazılı olan veya yazılı olmayan hukuka uygunluk nedenleri doğrudan ceza hukukunda da uygulanabilecektir.¹¹⁰

Hukuka uygunluk nedenleri sınırlı olarak sayılmış nitelikte değildir.¹¹¹

¹⁰⁵ Koca/Üzülmez, s. 86.

¹⁰⁶ Olgun Değirmenci, “Ceza Hukukunda Yanılma Kavramı ve Hukuka Uygunluk Nedenlerinde Yanılma”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, (110), 2014, s. 164; Özgenç, s. 314.

¹⁰⁷ Koca/Üzülmez, s. 85.

¹⁰⁸ Değirmenci, s. 165.

¹⁰⁹ Koca/Üzülmez, s. 86; Özgenç, s. 322.

¹¹⁰ Değirmenci, s. 165; Özgenç, s. 322. Ayrıca ceza hukukundan kaynaklanan bir hukuka uygunluk nedeninin bütün hukuk alanları bakımından hukuka uygunluk etkisi oluşturacağı doktrinde belirtilmektedir. Bkz. Özgenç, s. 322.

¹¹¹ Değirmenci, s. 166. Hukuka uygunluk nedenlerinin örf ve adet hukukunu kaynak alabileceği doktrinde ifade edilmektedir. Bkz. Değirmenci, s. 166.

TCK bağlamında ise hukuka uygunluk nedenleri dört ana başlık altında toplanmıştır; 26/1. maddede düzenlenen hakkın kullanılması, 24/1. maddede düzenlenen kanunun hükmünü yerine getirme (doktrinde doğru ifadesinin *görevin yerine getirilmesi* olduğu belirtilmektedir¹¹²), 25/1. maddede yer alan meşru savunma, 26/2. maddede yer alan ilginin rızası.¹¹³

Üç aşamadan geçen fiilin haksızlık niteliği belirlendikten sonra haksızlığın bir unsurunu oluşturmayan ve haksızlık niteliği belirlenmiş fiille ilgili olarak fail hakkında verilen bir değer hükmünü (yargısını) oluşturan kusurluluk ele alınacaktır. Kusurluluğun da belirlenmesiyle artık cezalandırılabilir fiilin mevcudiyetinden söz edilebilecektir.¹¹⁴

B. İlgilinin Rızası ve Marka Hakkına Tecavüz Suçu

Markalar, sahip oldukları ticari değerden kaynaklı olarak hukuk düzeninin koruması altında bulunmaktadır. Bu koruma kapsamında marka sahibine tescilli markası üstünde tekel hakkı verilmekle birlikte markalar yalnızca marka sahibinin rızasıyla üçüncü şahıslar tarafından kullanılabilirler.¹¹⁵

Bir rıza açıklamasının hukuka uygunluk nedeni olabilmesi için gereken ilk şart, kişinin üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabileceği bir konunun mevcut olmasıdır.¹¹⁶ Hangi konuların üzerinde kişinin mutlak tasarruf yetkisinin var olduğu ise bütün hukuk sistemi dikkate alınarak belirlenecektir.¹¹⁷ İlgili kişi, sahibi olduğu mal varlığının üzerinde serbestçe tasarrufta bulunma yetkisini haiz olduğundan bu kişi, mal varlığı üzerinde üçünü şahısların tasarrufta bulunmasına rıza gösterebilecektir.¹¹⁸ Tescilli markalar, ister gerçek kişi isterse tüzel kişi olsun ilgili kişinin üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabileceği mal varlığı¹¹⁹ kapsamındadır.

¹¹² Özgenç, s. 324.

¹¹³ Özgenç, s. 324.

¹¹⁴ Koca/Üzülmez, s. 86-87.

¹¹⁵ Salih Polater, “Marka Hakkının İhlali Sebebi İle İleri Sürülebilecek Talepler Bakımından Kusur Şartının Varlığı Sorunu”, *Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi*, 1, 2016, s. 52.

¹¹⁶ Koca/Üzülmez, s. 294; Özgenç, s. 377-378.

¹¹⁷ Koca/Üzülmez, s. 294.

¹¹⁸ Koca/Üzülmez, s. 295; Özgenç, s. 378.

¹¹⁹ SMK’ye ihtiyaç duyulmasının esas nedeninin, Anayasa Mahkemesinin KHK aracılığıyla hüküm altına alınan birtakım hükümlere dair verdiği iptal kararları olduğu doktrinde ifade edilmektedir. Anayasa Mahkemesi fikri ve sınai mülkiyet haklarını gayri maddi mallar şeklinde nitelendirmiş ve söz konusu hakların T.C. Anayasası’nın 35. maddesinde düzenlenen

Bir rıza açıklamasının hukuka uygunluk nedeni olabilmesi için ikinci şart olarak, ilgili kişinin rızaya ehil olması, rızasının yöneldiği konu üzerinde tasarrufta bulunma yetkisine sahip olması ve neticede rıza açıklama yeteneğine sahip olması lazım gelmektedir.¹²⁰ Kural olarak ayırt etme gücüne sahip olan kişiler rıza açıklama ehliyetine sahiptir ve bu bağlamda TMK'nin fiil ehliyetine ilişkin kuralları ikinci şart açısından geçerli değildir. Rıza ehliyetine sahip olunması bakımından aranan hususlar ise ilgili kişinin hakkından vazgeçmesinin anlamını, muhteviyatını, risklerini ve önemini algılayabilecek ve anlayabilecek durumda olmasıdır.¹²¹ Neticede ayırt etme gücüne sahip tescilli marka sahibi olan gerçek kişiler ile tüzel kişilerin rıza açıklama yeteneğine ve ehliyetine sahip oldukları kabul edilebilecektir.

Bir rıza açıklamasının hukuka uygunluk nedeni olabilmesi için aranan üçüncü şart, ilgili kişinin rıza açıklamasında bulunmuş olmasıdır. Doktrinde rıza açıklamasının açık yahut örtülü, yazılı veya sözlü olabileceği belirtilmektedir. Rıza beyanının mutlak surette suçtan önce yahut suçun icra hareketlerinin gerçekleştiği esnada ortaya çıkmış olması ve fiilin işlendiği sırada geri alınmamış olması gerekmektedir.¹²² Öte yandan hukuk düzeni rıza açıklamasına, ilgili kişinin mal varlığı üzerindeki tasarrufunun biçimi açısından tahditler getirebilmektedir.¹²³ Neticede tüm bu ifadelerden, rıza beyanında bulunma ehliyetine sahip olan ilgili gerçek veya tüzel kişinin hukuk düzenince tasarrufun biçimi bakımından getirilen sınırlamalar ölçüsünde mal varlığının kapsamında olan tescilli markası için açıkladığı rızasının, açık yahut örtülü, yazılı veya sözlü olabileceği sonucu ortaya çıkmaktadır.

C. CMK'nin 223/2-(d) Maddesi

CMK'nin 223/1. maddesi uyarınca duruşmanın sona erdiği açıklandıktan sonra hüküm verilecektir ve beraat kararı hüküm niteliğindedir. Ceza kovuşturması neticesinde mahkemece verilebilecek hükümlerden birincisi beraat hükmüdür.¹²⁴ CMK'de beraat kavramı teknik olarak tanımlanmamakta

mülkiyet hakkının dahilinde yer almasına dayalı olarak bunların (T.C. Anayasası'nın mülga 91. maddesi gereğince) olağan dönemlerde çıkarılan KHK'lerle düzenlenemeyeceğini ifade etmiştir. Bkz. Esen, s. 720.

¹²⁰ Koca/Üzülmez, s. 296; Özgenç, s. 378-379.

¹²¹ Koca/Üzülmez, s. 296.

¹²² Koca/Üzülmez, s. 297.

¹²³ Özgenç, s. 378.

¹²⁴ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 685.

fakat beraat kararının verilebileceği haller aynı Kanun'un 223/2. maddesinde tek tek sayılmıştır.¹²⁵ CMK'nin 223/2-(d) maddesine göre beraat kararı verilebilecek hallerden bir tanesi de *yüklenen suçun sanık tarafından işlenmesine rağmen olayda bir hukuka uygunluk nedeninin bulunması* halidir.

Ç. Kararların Eleştirisi ve Değerlendirmeler

İlginin rızası hukuka uygunluk nedeninin hemen yukarıda yer verdiğimiz üçüncü şartı kapsamında mevcut hukuk düzeni, ilginin rızasına hukuki değer atfedilebilmesi için rızanın açıklanmasını usule ilişkin bazı koşulların gerçekleşmesine bağlı tutabilmektedir. Diğer bir ifadeyle var olan hukuk sistemi, rızanın usulüne ve tasarrufun şekline ilişkin olarak getirdiği kurallar çerçevesinde kalınarak ilgili kişinin rıza beyanında bulunmasını gerektirebilmektedir.¹²⁶ Bu bağlamda SMK'nin 148/1. maddesinde sınav mülkiyet hakkı ve dolayısıyla tescilli markanın devredilebileceği, lisans konusu olabileceği, rehin verilebileceği veya teminat gösterilebileceği yahut diğer hukuki işlemlere konu olabileceği düzenlenmiştir. Mal varlığı kapsamındaki tescilli bir marka üzerinde tasarruf biçimi olarak addedebileceğimiz hukuki işlemlerden devir haricinde kalan işlemlerin geçerliliği, SMK'nin 148/4. maddesi gereğince yazılı şekil şartına tabidir. Aynı hüküm uyarınca marka devir sözleşmelerinin geçerliliği noter tarafından onaylanmış olmalarına bağlıdır. Bütün bu düzenlemelerden yola çıkıldığında, tescilli bir markanın üçüncü şahıslarca kullanılabilmesi noktasında tescilli markanın sahibi ilgili tarafından açıklanacak olan rızanın en azından yazılı şekil şartına uygun biçimde açıkça beyan edilmesi gerekecektir. Dolayısıyla ilk derece mahkemesi kararlarında kabul edilen sessiz kalma nedeniyle hak kaybına dayalı marka sahibinin örtülü mahiyetteki rızasının, TCK'nin 26/2. maddesindeki ilginin rızası koşullarının varlığı doğrultusunda yüklenen fiilin hukuka aykırılık unsurunu kaldırdığını benimseyen istinaf mahkemesi kararları eleştiriye açıktır. Başka bir ifadeyle, tescilli bir markanın kullanımına dair sessiz kalma nedeniyle hak kaybına dayandırılan zımni rıza açıklaması ilgilinin rızası hukuka uygunluk nedeni açısından bulunması gereken şartlardan bir kısmını karşılamamasına rağmen istinaf mahkemesi kararlarında, TCK'nin 26/2. maddesindeki ilginin rızasının mevcudiyetinden bahisle sanık hakkında CMK'nin 223/2-(d) maddesine göre beraat kararı verilmesi eleştirilmesi gereken bir husustur.

¹²⁵ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 685; Şahin/Göktürk, s. 184.

¹²⁶ Koca/Üzülmez, s. 297; Özgenç, s. 379.

IV. KONUNUN FARKLI BAKIŞ AÇILARIYLA DEĞERLENDİRİLMESİ

Hukuk düzeninin birliği ilkesi gereğince, özel hukuktan kaynaklanan yazılı olan hukuka uygunluk nedenleri doğrudan ceza hukukunda da uygulanabilecektir.¹²⁷ İlk derece mahkemesi kararlarında atıf yapılan SMK'nin 25/6. maddesinin özel hukuk kapsamında kalan bir yazılı hukuka uygunluk nedenini düzenliyor olduğu kabul edilse dahi kanun koyucu tarafından bu düzenlemenin kapsamı, önceki ve sonraki tescilli markalar arasındaki hükümsüzlük davalarıyla sınırlandırılmıştır. Dolayısıyla tescilli markanın iktibas veya iltibas suretiyle marka tecavüzüne yol açar şekilde, SMK'nin 30/1. maddesinde yer alan seçimlik hareketler dahilinde kullanımını konu alan marka hakkına tecavüz suçu bakımından SMK'nin 25/6. maddesindeki sessiz kalma nedeniyle hak kaybının, ilgilinin rızası hukuka uygunluk nedeni kapsamında ceza mahkemesi kararlarıyla doğrudan ceza hukuku alanında uygulanması kanımızca eleştiriye açık bir husustur. Dolayısıyla konunun farklı bakış açılarıyla değerlendirilmesi gerekmektedir ve bu doğrultuda değineceğimiz ilk bakış açısı, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartlarında hata¹²⁸ başlığı altında toplanmaktadır.

Hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartlarında hatanın hukuki mahiyeti bakımından doktrinde birçok teori ileri sürülmektedir.¹²⁹ Bu teorilerden katı kusur teorisi, kastın kapsadığı suçun maddi unsurları bakımından geçerli olan haksızlığı tipikleştirme fonksiyonunu taşımadıkları için hukuka uygunluk nedenlerinin kastın kapsamında değerlendirilemeyeceğini, bu bağlamda hukuka uygunluk nedenlerindeki hatanın kastı ortadan kaldıran unsur yanılığı üzerinden ele alınamayacağını kabul etmektedir.¹³⁰ Netice itibariyle katı kusur teorisi, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartlarında hatayı haksızlık (yasak) yanılığı dahilinde değerlendirmekte, kaçınılmaz hataya düşen failin kusurunun bulunmayacağını ve dolayısıyla hukuka uygunluk

¹²⁷ Özgenç, s. 322.

¹²⁸ Hukuk düzeninde yer almayan bir hukuka uygunluk nedeninin mevcut olduğu zannıyla hareket edilmesi yahut hukuk düzeninde yer almakla birlikte hukuka uygunluk nedeninin sınırlarında hatayla hareket edilmesi durumları doktrinde, *hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartlarında hata* başlığıyla değil *hukuka uygunluk nedenlerinin varlığında hata* başlığı altında ele alınmaktadır. Bkz. Değirmenci, s. 166-167.

¹²⁹ Değirmenci, s. 175; Koca/Üzülmez, s. 298.

¹³⁰ Neslihan Göktürk, "Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Maddi Koşullarında Yanılığın Hukuki Niteliği", *Ceza Hukuku Dergisi*, (26), 2014, s. 10.

nedenlerinin maddi şartlarındaki kaçınılmaz hatanın kasta etki etmediğini ileri sürmektedir.¹³¹ Katı kusur teorisi birçok yönden eleştiri aldığından¹³², hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartlarında hatayı tipiklikte yanılığ üzerinden değerlendiren teoriler olan kast teorileri, tipikliğin (suçun) olumsuz unsurları teorisi, sınırlı kusur teorisinden bahsetmek lazım gelecektir.¹³³ Kast teorilerinde, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartlarında hatanın hukuki mahiyetinin ne olduğu farketmeksizin failin kastını ortadan kaldırdığı fakat fiilin taksirli halinden sorumluluğu devam ettirdiği kabul edilmektedir.¹³⁴ Tipikliğin olumsuz unsurları teorisine göreyse tipiklik (suçun kanuni tarifi) yalnızca maddi ve manevi unsurlardan ibaret olmayıp hukuka aykırılığa ilişkin bütün unsurları ihtiva etmektedir. Dolayısıyla bu teoride hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartları *tipikliğin (suçun) olumsuz (negatif) unsurları*¹³⁵ olarak adlandırılmaktadır ve bu şartların gerçekleşmemesi durumunda gerçekleştirilen fiil hukuka aykırı olacaktır.¹³⁶ Neticede hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartlarına dair bilgi kasta dahil olup bu şartlara ilişkin hata tipiklikteyi hatayla aynı hukuki sonuçları ihtiva edecek ve bu durum failin kastını ortadan kaldırılacaktır.¹³⁷ Bu teoriye göre hata kaçınılabilir nitelikte ise fail ilgili suçun taksirli halinden sorumluluğu haiz olacaktır.¹³⁸ Sınırlı kusur teorisi, tipiklik ile hukuka aykırılığı suçu oluşturan haksızlığın farklı unsurları olarak görmekte ve suçun manevi unsurunu oluşturan kastın hem suçun maddi unsurlarını hem de hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartlarını kapsadığını kabul etmektedir.¹³⁹ Sonuçta bu teori, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi

¹³¹ Değirmenci, s. 175; Göktürk, s. 10; Koca/Üzülmez, s. 299. Hata kaçınılabilir ise fail kasten işlediği suçtan cezalandırılacak fakat cezasında indirime gidilecektir. Bkz. Koca/Üzülmez, s. 299.

¹³² Katı kusur teorisinin eleştirildiği aldığı yönlerin, adalet düşüncesine aykırılık taşıması ile dogmatik bağlamda kendi içindeki tutarlılığına rağmen hukuki sonuçları bakımından düzeltilmeye gereksinim duymasından ileri geldiği doktrinde belirtilmektedir. Bkz. Değirmenci, s. 175.

¹³³ Değirmenci, s. 175.

¹³⁴ Değirmenci, s. 175.

¹³⁵ Kanunlarda yer alan bazı suç tariflerinde, *rızası olmaksızın* yahut *rızası olmadan* ibarelerine yer verilmektedir. Bu ifadelerin yer aldığı suçlar bağlamında rızanın yokluğu, tipikliğin olumsuz unsurları teorisi bakımından suçun maddi unsurlarıyla birlikte değerlendirilmesi gereken suçun bir olumsuz unsurunu teşkil etmektedir. Bkz. Özgenç, s. 376.

¹³⁶ Değirmenci, s. 175; Koca/Üzülmez, s. 298-299; Özgenç, 376.

¹³⁷ Değirmenci, s. 175; Koca/Üzülmez, s. 299; Özgenç, 376.

¹³⁸ Değirmenci, s. 175; Koca/Üzülmez, s. 299.

¹³⁹ Koca/Üzülmez, s. 300.

şartlarında hata halinde sorunun, tipiklikte hata olmasa dahi kıyasen tipiklikte hatanın koşullarına göre failin kastı bağlamında çözülmesi gerektiğini öne sürmektedir.¹⁴⁰

Konuya ilişkin teoriler bu surette olmakla birlikte somut olayda bir hukuka uygunluk nedeninin maddi şartlarında hata olması halinde sorunun TCK'nin 30/1. maddesine göre mi yoksa TCK'nin 30/3. maddesine¹⁴¹ göre mi çözülmesi gerektiği doktrinde tartışmalıdır. Kimi yazarlar, TCK'nin 30/1. maddesinde düzenlenen unsur yanılığının suçun maddi unsurlarına ilişkin olduğunu ve dolayısıyla bu hükmün direkt olarak hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartlarındaki hata haline uygulanamayacağını kabul etmektedirler.¹⁴² Hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartlarındaki yanılığın kaçınılmaz¹⁴³ olması durumunda, TCK'nin 30/3. maddesi uyarınca failin hatasından yararlanacağı ve fiil haksızlık niteliğini taşımakta olsa dahi failin bu haksızlık bakımından kastının ve taksirinin bulunduğu bahsedilemeyeceği aynı yazarlarca kabul edilmektedir.¹⁴⁴ Doktrinde kimi yazarlarsa, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartlarındaki hatanın suçun maddi unsurlarına ilişkin hatayla (tipiklikteki yanılıyla) aynı muameleye tabi tutulacağı ve dolayısıyla bu tür bir hatanın TCK'nin 30/1. maddesi¹⁴⁵ üzerinden ele alınması gerektiği fikrindedir.¹⁴⁶ Bu kabule göre hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartlarındaki hatanın kaçınılmaz mahiyette olup olmadığı araştırılmayacak ve hata mutlak olarak kastı ortadan kaldıracaktır. Diğer yandan fail hatasında taksirli ise suçun taksirli halinin düzenlenmiş olması koşuluyla fail, suçun

¹⁴⁰ Değirmenci, s. 176; Koca/Üzülmez, s. 300.

¹⁴¹ TCK'nin 30/1. maddesi şu şekilde düzenlenmiştir: *“Ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlere ait koşulların gerçekleştiği hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanır.”*

¹⁴² Göktürk, s. 25 ve s. 27.

¹⁴³ TCK'nin 30/3. maddesinin hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartlarındaki hatanın kaçınılmaz olmasına ilişkin olduğu ve düzenlemenin hatanın kaçınılabılır olmasına dair hüküm taşımamasına bağlı olarak bu hususta hukuki boşluğun bulunduğu, boşluğun kıyas aracılığıyla TCK'nin 30/1. maddesine göre doldurulması gerektiği ve fiilin taksirle gerçekleştirilen hali kanunda suç olarak öngörülmüş olması halinde failin taksirle işlediği suçtan dolayı cezai sorumluluğa sahip olacağı doktrinde ifade edilmektedir. Bkz. Göktürk, s. 23-24 ve s. 27.

¹⁴⁴ Göktürk, s. 23.

¹⁴⁵ TCK'nin 30/1. maddesi şu şekilde düzenlenmiştir: *“Fiilin icrası sırasında suçun kanuni tanımındaki maddi unsurları bilmeyen bir kimse, kasten hareket etmiş olmaz. Bu hata dolayısıyla taksirli sorumluluk hali saklıdır.”*

¹⁴⁶ Koca/Üzülmez, s. 302; Özgenç, s. 376.

taksirli halinden cezai sorumluluğa sahip olacaktır.¹⁴⁷

SMK'nin 30/1. maddesindeki marka hakkına tecavüz suçunun maddi unsurlarını gerçekleştiren bir fail, uzunca bir süre devam eden tescilsiz markasal kullanımına ilgili tescilli markanın sahibinin rıza gösterdiği zannıyla hareket ettiğini ispat eder ve bu doğrultuda failin TCK'nin 26/2. maddesindeki ilginin rızası hukuka uygunluk nedeninin maddi şartlarında hataya düşmüş olduğu kabul edilirse, bu durumda kendisinin TCK'nin 30/1. maddesi uyarınca kastının varlığından söz edilemeyecektir. Dolayısıyla istinaf mahkemesi kararlarına ilişkin yukarıda belirttiğimiz eleştiriler de dikkate alındığında, marka hakkına tecavüz suçunu konu alan yargılamalarda mahkemeler tarafından sessiz kalma nedeniyle hak kaybına dayanılacak olursa, bu durumun, TCK'nin 26/2. maddesinde düzenlenen ilginin rızası hukuka uygunluk nedeninin maddi şartlarında hata üzerinden TCK'nin 30/1. maddesine göre değerlendirilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Ancak SMK'nin 148. maddesinin 1. ve 4. fıkraları ile basiretli tacir gibi davranma yükümlülüğünü öngören TTK'nin 18/2. maddesi karşısında¹⁴⁸ marka hakkına tecavüz fiilini işleyen bir failin, TCK'nin 26/2. maddesinde düzenlenen ilginin rızası hukuka uygunluk nedeninin maddi şartlarında hatasının olduğunu ispat edebilmesi oldukça güçtür. Gerçekten SMK'nin 148. maddesinin 1. fıkrasında, sınai mülkiyet haklarından olan tescilli bir markanın hukuki işlemlere konu olabileceği öngörülmekle beraber SMK'nin aynı maddesinin 4. fıkrasında, devir sözleşmeleri haricinde kalan hukuki işlemlerin geçerliliğinin yazılı şekil şartına tabi olduğu düzenlenmiştir. Tescilli markayı haksız bir şekilde kullanan kişinin tacir olması durumunda ise bu kişinin, basiretli tacir gibi davranma yükümlülüğüne uygun şekilde hareket etmesi, ticari hayatın gerekliliklerini ve ticari teamülleri iyi bilip bunları araştıran ve aynı ticari faaliyet alanıyla iştigal eden tedbirli ve öngörülü, objektif kriterlere göre ortalama bir tacirden beklenecek dikkat ve özeni göstermesi gerekmektedir.¹⁴⁹ Dolayısıyla marka hakkına tecavüz fiilini

¹⁴⁷ Koca/Üzülmez, s. 302.

¹⁴⁸ Yukarıda değindiğimiz gibi SMK'nin 153/1. maddesinde, sınai mülkiyet hakkı sahibinin, hakkına tecavüz eden tarafından piyasaya sürülmüş ürünleri kişisel ihtiyaçları ölçüsünde elinde bulunduran veya kullanan kişilere karşı ceza davası açılması için şikayette bulunamayacağını düzenlemiştir. Diğer yandan SMK'nin 30/1. maddesinde, birtakım hareketler bakımından suçun manevi unsuru (özel kast) bağlamında *ticari amaç* ifadesine yer verilmiştir. Neticede bütün bu hükümler, marka hakkına tecavüz suçunu işleyen bir failin ticari faaliyetleri dahilinde tecavüz fiilini gerçekleştirebileceğini ortaya koymakta, bu da failin TTK'nin 18/2. maddesi anlamında marka hukukunu da ilgilendiren ticaretine ait tüm faaliyetlerinde basiretli iş adamı gibi hareket etme yükümlülüğü altında olduğunu akla getirmektedir.

¹⁴⁹ Polater, "Marka Hukukunda Dikkat ve Özen Yükümlülüğü", s. 44, 46 ve 49; Uzunallı, s.

gerçekleştiren tacir sıfatını haiz bir failin sessiz kalma nedeniyle hak kaybı bağlamında tescilli markanın sahibinin kendisine zımnı rızada bulunduğunu zannederek ilginin rızası hukuka uygunluk nedeninin maddi şartlarında hataya düştüğünü ileri sürmesi kabul edilebilir mahiyette değildir. Ayrıca basiretli tacir gibi davranma yükümlülüğü altında bulunan marka hakkına tecavüz suçunu işleyen bir failin, SMK'nin 148/4. maddesindeki şekil şartlarını bilmemesi pek mümkün görünmemektedir.

Özellikle belirtmek gerekirse, ister marka hükümsüzlüğü davası isterse marka tecavüzü davası olsun ilgili mahkemelerce sessiz kalma nedeniyle hak kaybına sıklıkla başvurulmasının tescilli markalar yönünden ciddi hak kayıplarına yol açtığı ve haksız tescillere ve tecavüzlere karşı (önceki tarihli) tescilli markaların sahiplerinin harekete geçmesini bir seçim olmaktan çıkarıp zorunluluk haline getirdiği ifade edilerek, sessiz kalma nedeniyle hak kaybı doktrinde eleştiriye uğramıştır.¹⁵⁰ Çalışmamızda değerlendirdiğimiz hem ilk derece mahkemesi hem de istinaf mahkemesi kararlarında sessiz kalma nedeniyle hak kaybı hususuna dayanılarak sanıklar hakkında beraat hükümleri verildiğinden, sırf tescilli markanın sahibinin geç harekete geçmesi nedeniyle tescilli markaya karşı gerçekleştirilen marka tecavüzlerinin önü açılmakta, bu durum SMK'nin 30/1. maddesinde marka hakkına tecavüz suçu için öngörülen cezaların caydırıcılığını azaltma olasılığına sahip olmaktadır. Sonuçta ceza hukukunun fonksiyonları arasında yer alan suç işlenmesini önlemek amacı dikkate alındığında bu durum, TCK'nin 1. maddesine¹⁵¹ aykırı olabilecektir.

SMK'nin 25/6. maddesinde düzenlenen ve madde taslağının gerekçesinde açıkça ifade edilen sessiz kalma nedeniyle hak kaybı, SMK'nin 25/1. maddesine göre marka hükümsüzlüğü davalarında dikkate alınacak olan SMK'nin 6. maddesinde düzenlenen marka tescilinde nispi ret nedenlerine istisna teşkil eden bir husustur. Bir marka hükümsüzlüğü davasında SMK'nin 25/6. maddesinde öngörülen sessiz kalma nedeniyle hak kaybının şartları oluştuysa, artık bu durumda SMK'nin 6. maddesindeki marka tescilinde nispi ret nedenlerinden biri mevcut olsa dahi sonraki tarihli tescilli markanın

194.

¹⁵⁰ Suluk/Karasu/Nal, s. 19.

¹⁵¹ TCK'nin 1. maddesi şu şekilde düzenlenmiştir: “Ceza Kanununun amacı; kişi hak ve özgürlüklerini, kamu düzen ve güvenliğini, hukuk devletini, kamu sağlığını ve çevreyi, toplum barışını korumak, suç işlenmesini önlemektir. Kanunda, bu amacın gerçekleştirilmesi için ceza sorumluluğunun temel esasları ile suçlar, ceza ve güvenlik tedbirlerinin türleri düzenlenmiştir.”

hükümsüzlüğüne karar verilmeyecektir. Sonuçta SMK'nin 25/6. maddesi, sessiz kalma nedeniyle hak kaybı hususunun bir istisna olarak özel hukuka dair marka hükümsüzlüğü davalarında dikkate alınacağını hüküm altına almaktadır. Ceza hukuku ve dolayısıyla kamu hukuku kapsamında bulunan marka hakkına tecavüz suçunun konu alındığı yargılamalarda ise özel hukuka ilişkin olan SMK'nin 25/6. maddesine atıf yapılmak suretiyle sessiz kalma nedeniyle hak kaybının beraat kararlarına gerekçe gösterilmesi, kanımızca kanun koyucunun amacına uygun düşmeyebilecektir. Şayet kanun koyucunun bunun aksi yönünde bir amacı olduğunu söyleyecek olursak, SMK'nin 25/6. maddesinde açıkça yer verildiği gibi sessiz kalma nedeniyle hak kaybı hususunun marka hakkına tecavüz suçunu düzenleyen SMK'nin 30. maddesinde sarıh olarak yer verilmiş olması gerektiğini ancak yer verilmemiş olduğu gerçeğini dikkate almamız gerekecektir.

SONUÇ

2015/2424 sayılı AB Marka Tüzüğü dikkate alınarak SMK'nin 25/6. maddesinde düzenlenen sessiz kalma nedeniyle hak kaybı, önceki tarihli marka sahibinin, sonraki tarihli markanın hükümsüzlüğüne dair talebini konu alan hukuk davalarında mahkemelerce dikkate alınan istisnai bir husustur. Bununla birlikte SMK bağlamında marka hukukuna ilişkin olan davalar yalnızca hükümsüzlük davalarından oluşmamakta, marka hakkına tecavüz fiillerini konu alan hukuk davaları ile ceza davalarını içermektedir. Cezai hükümler anlamında marka hakkına tecavüz suçu SMK'nin 30/1. maddesinde açıkça düzenlemiş ve bu hükümlerle bağlantılı sessiz kalma nedeniyle hak kaybı, marka hakkına tecavüz suçunu konu alan ceza davalarında dikkate alınmaktadır. Bunun sonucu olarak sessiz kalma nedeniyle hak kaybı, marka sahibinin rızasının bulunduğu durumuna bağlanarak beraat kararlarına gerekçe gösterilmektedir. Ancak bu durum hem ceza hukuku hem de ceza muhakemesi hukuku bakımından birtakım sorunları beraberinde getirmektedir. Keza ceza davalarında, sanıklar tarafından marka hakkına tecavüz fiillerinin gerçekleştirildiği belirtilerek SMK'nin 30/1. maddesinde düzenlenen marka hakkına tecavüz suçunun maddi unsurlarının varlığı esasen kabul edilmekte, buna karşın sessiz kalma nedeniyle hak kaybının varlığına dayanılarak somut olayda marka sahibinin rızasının olduğu da ayrıca kabul görmektedir. Her iki kabul karşısında davaların CMK'nin 223/2-(a) maddesi üzerinden beraat kararlarıyla sonuçlanması sorunlardan birini gündeme getirmiş ve neticede bu durum konunun, CMK'nin 223/2-(d) maddesi kapsamında eleştirel açıdan ele alınmasını gerektirmiştir. CMK'nin 223/2-(a) maddesine göre verilen

beraat kararlarının bir kısmı istinaf mahkemesinin incelemesinden geçerken sorun ele alınmış ve nihayetinde bahse konu beraat kararları, TCK'nin 26/2. maddesinde düzenlenen ilgilinin rızası hukuka uygunluk nedeninin somut olayda maddi şartlarının olduğu gerekçesiyle CMK'nin 223/2-(d) maddesi üzerinden düzeltilmiştir. Ancak istinaf mahkemesinin düzeltme sonrası verdiği beraat kararları, sessiz kalma nedeniyle hak kaybının ilgilinin rızası hukuka uygunluk nedeninin maddi şartlarından bir kısmını sağlamaması nedeniyle başka sorunu doğurmuştur. Bu sorunun varlığına rağmen sessiz kalma nedeniyle hak kaybı marka hakkına tecavüz suçunu konu alan ceza davalarında ısrarlı şekilde uygulanacak olursa, o halde konunun, ilginin rızası hukuka uygunluk nedeninin maddi şartlarında hata perspektifi üzerinden TCK'nin 30/1. maddesine göre değerlendirilmesi gerektiğine dair görüşümüzü beyan etmek gerekecektir. Diğer yandan sessiz kalma nedeniyle hak kaybının marka hakkına tecavüz suçunu konu alan yargılamalarda dikkate alınması, ceza hukukunun fonksiyonları arasında yer alan ve TCK'nin 1. maddesinde de açıkça yer verilen suç işlenmesini önlemek amacının gerçekleştirilmesine marka hakkına tecavüz suçu açısından engel olabilecek, ayrıca SMK'nin marka hukukuna ilişkin hükümleri bir bütün olarak dikkate alındığında kanun koyucunun amacıyla örtüşmeyen bir vaziyeti ortaya çıkarabilecektir. Sonuç olarak önerimiz, sessiz kalma nedeniyle hak kaybının sadece marka hükümsüzlüğü halleriyle sınırlı olacağına ilişkin bir hükmün SMK'ye eklenmesi yönündedir.

KAYNAKÇA

- Arslan Ç / Özdemir D, “Türk Hukukunda Marka Suçları-Sorunlu Noktalar Üzerine Bir İnceleme”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 65(4), 2016, s. 1085-1110.
- Aslan Düzgün Ü, “İltibas Suretiyle Markaya Tecavüz”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 9(36), 2018, s. 143-170.
- Bahadır Z, *Markanın Hükümsüzlüğü ve İptali*, Turhan Kitabevi Yayınları, 1. Baskı, 2018.
- Bonomo V / Magnani P, “Non-Distinctive Uses of a Trademark: The CJEU’s “Function Theory” (and Its Adoption by Italian Courts) – Future Prospects in Light of EU Trademark Law”, *IIC - International Review of Intellectual Property and Competition Law*, 53, 2022, s. 685-700.
- Bulut E, “Başkasına Ait Tescilli Marka Kullanılarak Hizmet Satışı ve İddianamede Belirtilen Suç Dışında Hüküm Kurulmasına İlişkin Karar Tahlili: YCGK, 2018/614 E., 2021/269 K., 10.06.2021.”, *Karar İncelemeleri Dergisi*, 1(1-2), 2022, s. 321-344.
- Çağlar H, “556 Sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname’de 28.01.2009 Tarihinde Yapılan Değişiklikler Üzerine Bir Değerlendirme”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 11(1-2), 2007, s. 97-112.
- Çağlar H, “Sınai Mülkiyet Kanununun Marka Hukuku Alanında Getirdiği Önemli Yenilikler”, *Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 3(1), 2017, s. 139-154.
- Değirmenci O, “Ceza Hukukunda Yanılma Kavramı ve Hukuka Uygunluk Nedenlerinde Yanılma”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, (110), 2014, s. 129-188.
- Esen E, “Sınai Mülkiyet Kanunu’na Göre Marka Hakkının Yetkisiz Tasarrufu Suçu”, *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 16(2), 2017, s. 717-732.
- Göktürk N, “Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Maddi Koşullarında Yanılmanın Hukuki Niteliği”, *Ceza Hukuku Dergisi*, (26), 2014, s. 7-30.
- Güneş İ, *Uygulamada Marka, Haksız Rekabet ve Telif Suçları*, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, 2017.

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/>

TXT/?uri=CELEX%3A32009R0207, Council Regulation (EC) No 207/2009 of 26 February 2009 on the Community trade mark, Official Journal of the European Union, L 78/1, 24/03/2009, Erişim Tarihi 19 Mart 2024.

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32015R2424>, Regulation (EU) 2015/2424 of the European Parliament and of the Council of 16 December 2015 amending Council Regulation (EC) No 207/2009 on the Community trade mark and Commission Regulation (EC) No 2868/95 implementing Council Regulation (EC) No 40/94 on the Community trade mark, and repealing Commission Regulation (EC) No 2869/95 on the fees payable to the Office for Harmonization in the Internal Market (Trade Marks and Designs), Official Journal of the European Union, L 341/21, 24/12/2015, Erişim Tarihi 19 Mart 2024.

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32015L2436>, Directive (EU) 2015/2436 of the European Parliament and of the Council of 16 December 2015 to approximate the laws of the Member States relating to trade marks, *Official Journal of the European Union*, L 336/1, 23/12/2015, Erişim Tarihi 19 Mart 2024.

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32017R1001>, Regulation (EU) 2017/1001 of the European Parliament and of the Council of 14 June 2017 on the European Union trade mark, Official Journal of the European Union, L 154/1, 16/06/2017, Erişim Tarihi 19. Mart 2024.

Koca M / Üzülmez İ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 15. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2020.

Nuhoğlu A, “Marka Hakkına Tecavüz Suçu”, Yenisey F / Özgenç İ / Nuhoğlu A / Sözüer A / Turhan F (Ed.), Dr. Dr. h.c. Silvia Tellenbach’a Armağan, Seçkin Yayıncılık, 2018, s. 417-443.

Özbek V. Ö / Doğan K / Bacaksız P / Tepe İ, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 11. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2018.

Özgenç İ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 16. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2020.

Öztürk Akkartal H / Kandıralıoğlu Cuyulan Ç, “Sınai Mülkiyet Kanunu Hükümleri Işığında Haksız Rekabet Suçuna İlişkin Değerlendirme”,

Fasikül Hukuk Dergisi, 10(100), 2018, s. 101-110.

Öztürk B / Tezcan D / Erdem M. R / Sırma Gezer Ö / Saygılar Kırıt Y. F / Alan Akcan E / Özyayın Ö / Erden Tütüncü E / Altınok Villemin D / TOK, M. C / Öztürk B (Ed.), *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, 12. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2018.

Pennisi R, “Defences to the Invalidation and Infringement of Trade Marks: From Preclusion Due to Acquiescence to Preclusion Due to Coexistence”, *IIC - International Review of Intellectual Property and Competition Law*, 52, 2021, s. 169–188.

Polater S, “Marka Hakkının İhlali Sebebi İle İleri Sürülebilecek Talepler Bakımından Kusur Şartının Varlığı Sorunu”, *Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi*, 1, 2016, s. 51-65.

Polater S, “Marka Hukukunda Dikkat ve Özen Yükümlülüğü”, *Terazi Hukuk Dergisi*, 11(116), 2016, s. 41-52.

Suluk C / Karasu R / Nal T, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2018.

Şahin C / Göktürk N, *Ceza Muhakemesi Hukuku II*, 8. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2019.

Şahin C, *Ceza Muhakemesi Hukuku I*, 9. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2018.

The Trademark Reporter (International Trademark Association), “Annual Review of European Trademark Law 2022 in Review, VII. Limitation of Rights and Defenses”, *The Law Journal of the International Trademark Association*, 113(2), 2023, s. 519-535.

Uzunallı S, *Marka Hukuku*, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, 2021.

Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 13/06/2022 T., 2021/641 E., 2022/4804 K. sayılı kararı. <www.corpus.com.tr>, Erişim Tarihi 19 Kasım 2023.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 04/05/2011 T., 2011/59 E., 2011/271 K. sayılı kararı. <www.corpus.com.tr>, Erişim Tarihi 19 Kasım 2023.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 18/03/2015 T., 2013/1573 E., 2015/1055 K. sayılı kararı. <www.corpus.com.tr>, Erişim Tarihi 19 Kasım 2023

Yılmaz Z, “Marka Hakkına İktibas veya İltibas Suretiyle Tecavüz Suçu”, *Terazi Hukuk Dergisi*, 16(178), 2021, s. 1178-1197.

ÇEVİRİ>>

BOŞ

Hukuk Fakültesi Dergisi
Ankara Hacı Bayram Veli University
Faculty of Law Review

ISSN: 2651-4141 e-ISSN: 2667-4068
Cilt/Volume XXVIII Temmuz/July 2024 Sayı/No. 3

SOYKIRIM SUÇUNUN ÖNLENMESİ VE CEZALANDIRILMASINA İLİŞKİN
SÖZLEŞME'NİN GAZZE ŞERİDİNDE UYGULANMASI
(GÜNEY AFRIKA v. İSRAİL) ULUSLARARASI ADALET DİVANI, 26
OCAK 2024 TARİHLİ GEÇİCİ TEDBİR KARARI

APPLICATION OF THE CONVENTION ON THE PREVENTION AND
PUNISHMENT OF THE CRIME OF GENOCIDE IN THE GAZA STRIP
(SOUTH AFRICA V. ISRAEL) INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE,
ORDER OF 26 JANUARY 2024, PROVISIONAL MEASURES

Burcu DEĞİRMENCİOĞLU*  

Abdulkadir PEKEL**  

ÖZET

Güney Afrika Cumhuriyeti, İsrail Devleti'nin 7 Ekim 2023'ten sonra Gazze'de başlattığı askeri operasyonlar sonucunda 1948 tarihli Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi'ni (Soykırım Sözleşmesi) ihlal ettiği iddiasıyla 29 Aralık 2023 tarihinde Uluslararası Adalet Divanı'na başvurmuştur. Söz konusu başvuruda İsrail Devleti'nin soykırım fiillerini işlediği, soykırımı önleme ve soykırımı yönelik tahriki kovuşturma yükümlülüklerini ihlal ettiği ileri sürülmekte; yeni soykırım eylemlerine karşı ciddi ve doğrudan risk altında olan Filistinlilere ivedi bir korumayı sağlamak amacıyla geçici tedbir kararı alınması talep edilmektedir. Uluslararası

* **Dr. Öğr. Üyesi**, Samsun Üniversitesi Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi Bölümü, Hukuk Anabilim Dalı/SAMSUN, **E-posta:** burcu.degirmencioglu@samsun.edu.tr, **ORCID:** 0000-0001-5721-9933

** **Dr. Öğr. Üyesi**, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı/ANKARA, **E-posta:** abdulcadir.pekel@hbv.edu.tr, **ORCID:** 0000-0002-1696-6075, **DOI:** 10.34246/ahbvuhfd.1453996.

- Atıf Şekli/ **Cite As:** Değirmencioglu B/Pekel A, "Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılmasına İlişkin Sözleşme'nin Gazze Şeridinde Uygulanması (Güney Afrika V. İsrail)", *AHBVÜ Hukuk Fakültesi Dergisi*, 28(3), 2024, s.609-642.
- İntihal / **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.*



Adalet Divanı, 26 Ocak 2024 tarihinde, İsrail Devleti'nin Soykırım Sözleşmesi kapsamına giren tüm fiillerin işlenmesini ve Gazze Şeridi'ndeki Filistinlilere yönelik doğrudan ve aleni soykırım kışkırtıcılığını önlemek ve cezalandırmak için gücü dahilindeki tüm tedbirleri almasını, İsrail Devleti ordusunun soykırım fiillerinin önlenmesini, Filistinlilere insani yardımın sağlanmasını, soykırımı varan eylem iddialarıyla ilgili delillerin yok edilmesini önlemek ve korunmasını sağlamak için etkili tedbirlerin alınmasını gerektiren geçici tedbir kararını vermiş ve İsrail'in bu Kararın yürürlüğe girmesinden itibaren bir ay içinde, bu Kararı uygulamak için alınan tüm tedbirler hakkında Mahkeme'ye bir rapor sunması gerektiğine hükmetmiştir.

Anahtar Kelimeler: Uluslararası Adalet Divanı, Soykırım Sözleşmesi, Gazze Şeridi, Geçici Tedbir, İnsancıl Hukuk.

ABSTRACT

The Republic of South Africa applied to the International Court of Justice on 29 December 2023, alleging that the State of Israel violated the 1948 Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (the Genocide Convention) as a result of the military operations it launched in Gaza after 7 October 2023. The application alleges that the State of Israel has committed acts of genocide and violated its obligations to prevent genocide and prosecute incitement to genocide, and seeks interim measures to provide immediate protection to Palestinians who are at serious and direct risk of further acts of genocide. On January 26, 2024, the International Court of Justice ordered the State of Israel to take all measures within its power to prevent and punish the commission of all acts falling within the scope of the Genocide Convention and direct and flagrant incitement to genocide against Palestinians in the Gaza Strip, and to prevent acts of genocide by the army of the State of Israel, It granted interim measures requiring the provision of humanitarian assistance to the Palestinians, the adoption of effective measures to prevent the destruction and preservation of evidence of alleged acts amounting to genocide, and ordered Israel to submit a report to the Court within one month of the entry into force of this Judgment on all measures taken to implement this Judgment.

Keywords: International Court of Justice, Genocide Convention, Gaza Strip, Interim Measures, Humanitarian Law.

26 OCAK 2024
KARAR

ULUSLARARASI ADALET DİVANI
YIL 2024

2024
26 Ocak
Genel Liste
No.192

26 OCAK 2024

SOYKIRIM SUÇUNUN ÖNLENMESİ VE CEZALANDIRILMASINA
İLİŞKİN SÖZLEŞME’NİN GAZZE ŞERİDİNDE UYGULANMASI
(GÜNEY AFRİKA v. İSRAİL)
GEÇİCİ TEDBİRLERİN BELİRTİLMESİ TALEBİ
KARAR

Hazır bulunanlar: Başkan DONOGHUE; Başkan Yardımcısı GEVORGIAN; Yargıçlar TOMKA, ABRAHAM, BENNOUNA, YUSUF, XUE, SEBUTINDE, BHANDARI, ROBINSON, SALAM, IWASAWA, NOLTE, CHARLESWORTH, BRANT; ad hoc Yargıçlar BARAK, MOSENEKE; Yazı İşleri Müdürü GAUTIER.

Uluslararası Adalet Divanı,
Yukarıdaki gibi oluşturulmuştur,
Müzakereden sonra,

Mahkeme Statüsü’nün 41 ve 48. maddeleri ile Mahkeme İçtüzüğü’nün 73, 74 ve 75. maddelerini göz önünde bulundurarak,

Aşağıdaki kararı verir:

1. 29 Aralık 2023 tarihinde, Güney Afrika Cumhuriyeti (bundan böyle “Güney Afrika” olarak anılacaktır) Mahkeme Yazı İşleri Müdürlüğü’ne, İsrail Devleti (bundan böyle “İsrail” olarak anılacaktır) aleyhine, Gazze Şeridi’nde Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi (bundan böyle “Soykırım Sözleşmesi” veya “Sözleşme” olarak anılacaktır) kapsamındaki yükümlülüklerin ihlal edildiği iddiasıyla ilgili bir başvuruda¹ bulunmuştur.

¹ Başvuru metninin Dr. Öğr. Üyesi Dilara Buket Didin, Dr. Öğr. Üyesi Rıdvan Değirmen-

2. Başvurusunun sonunda, şu ifadeler yer almıştır:

“[Güney Afrika] Mahkeme'den aşağıdaki hususları karara bağlamasını ve ilan etmesini saygıyla talep eder:

(1) Güney Afrika Cumhuriyeti ve İsrail Devleti, Filistinli grubun üyeleriyle ilgili olarak Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi kapsamındaki yükümlülüklerine uygun şekilde hareket etmek ve soykırımı önlemek için ellerinden gelen tüm makul tedbirleri almakla yükümlüdürler; ve

(2) İsrail Devleti:

(a) Soykırım Sözleşmesi kapsamında, Madde III (a), III (b), III (c), III (d), III (e), IV, V ve VI ve özellikle Madde II ile bağlantılı olarak Madde I'de öngörülen yükümlülüklerini ihlal etmiş ve etmeye devam etmektedir;

(b) Filistinlileri öldürebilecek veya öldürmeye devam edebilecek ya da Filistinlilere ciddi bedensel veya zihinsel zarar verebilecek veya vermeye devam edebilecek veya Filistinlilerin teşkil ettiği grubun kısmen fiziksel yıkımına yol açacak şekilde hesaplanan yaşam koşullarını bu gruba uygulayacak ya da uygulamaya devam edebilecek eylemler veya önlemler de dahil olmak üzere, Soykırım Sözleşmesi'ndeki yükümlülükleri ihlal eden her türlü eylem ve önlemi derhal durdurmalıdır ve Soykırım Sözleşmesi kapsamındaki yükümlülüklerine, özellikle de Madde I, III (a), III (b), III (c), III (d), III (e), IV, V ve VI'da öngörülen yükümlülüklere tam olarak uymalıdır;

(c) I, III (a), III (b), III (c), III (d) ve III (e) maddelerine aykırı olarak soykırım işleyen, soykırım işlemek için komplo kuran, soykırımı doğrudan ve alenen teşvik eden, soykırım işlemeye teşebbüs eden ve soykırımı iştirak eden kişilerin I, IV, V ve VI. maddelerin gerektirdiği şekilde yetkili bir ulusal veya uluslararası mahkeme tarafından cezalandırılmasını sağlamalıdır;

(d) Bu amaçla ve Madde I, IV, V ve VI'dan kaynaklanan yükümlülükleri yerine getirmek üzere, Gazze'den sürülen grup üyeleri de dahil olmak üzere Gazze'deki Filistinlilere karşı işlenen soykırım eylemlerine ilişkin kanıtları toplamalı, muhafaza etmeli ve kanıtların toplanmasını ve muhafazasını

ci, Dr. Öğr. Üyesi Burcu Değirmencioğlu, Dr. Öğr. Üyesi Abdulkadir Pekel, Arş. Gör. Recep Orhun Kılıç, Emre Didin ve Ömer Didin tarafından yapılan Türkçe çevirisi için bkz.: <<https://hacibayram.edu.tr/iham/uluslararasıadaletdivanigüney-afrika-v-israil>>, Erişim Tarihi: 14.03.2024 (çevirenin notu).

doğrudan veya dolaylı olarak sağlamalı, buna izin vermeli ve/veya engellememelidir;

(e) Zorla yerinden edilen ve/veya kaçırılan Filistinlilerin evlerine güvenli ve onurlu bir şekilde geri dönmelerine izin verilmesi, tüm insan haklarına saygı gösterilmesi ve daha fazla ayrımcılık, zulüm ve diğer ilgili eylemlere karşı korunması ve Madde I kapsamındaki soykırımı önleme yükümlülüğü ile tutarlı olarak Gazze’de yıkıldığı şeylerin yeniden inşasını sağlaması dahil ancak bunlarla sınırlı olmamak üzere Filistinli mağdurların yararına onarım yükümlülüklerini yerine getirmelidir; ve

(f) Soykırım Sözleşmesi ihlallerinin, özellikle de I, III (a), III (b), III (c), III (d), III (e), IV, V ve VI. maddelerde öngörülen yükümlülüklerin tekrarlanmayacağına dair güvence ve teminatlar sunmalıdır.”

3. Güney Afrika başvurusunda Mahkeme’nin yargı yetkisini Mahkeme Statüsü’nün 36. maddesinin 1. paragrafına ve Soykırım Sözleşmesi’nin IX. maddesine dayandırmaya çalışmaktadır.

4. Başvuru, Statü’nün 41. maddesi ve Mahkeme İçtüzüğü’nün 73, 74 ve 75. maddelerine atıfta bulunarak sunulan geçici tedbirlerin belirlenmesi talebini içermektedir.

5. Güney Afrika, talebinin sonunda Mahkemeden aşağıdaki geçici tedbirlere hükmedilmesini istemiştir:

“(1) İsrail Devleti, Gazze’de ve Gazze’ye karşı yürüttüğü askeri operasyonları derhal durduracaktır.

(2) İsrail Devleti, kendisi tarafından yönlendirilebilecek, desteklenebilecek ya da etkilenebilecek herhangi bir askeri veya düzensiz silahlı birliğin ve kendi kontrolüne, yönlendirmesine ya da etkisine tabi olabilecek herhangi bir örgüt ya da kişinin, yukarıdaki (1). maddede (belirtilen) askeri operasyonları ilerletecek bir adım atmamasını sağlayacaktır.

(3) Güney Afrika Cumhuriyeti ve İsrail Devleti, Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi kapsamındaki yükümlülüklerine uygun olarak, Filistin halkıyla ilgili olarak, soykırımı önlemek için ellerinden gelen tüm makul tedbirleri alacaklardır.

(4) İsrail Devleti, Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi kapsamındaki yükümlülükleri çerçevesinde, Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi tarafından korunan bir grup olarak

Filistin halkıyla ilgili olarak, özellikle Sözleşme'nin II. maddesi kapsamına giren her türlü eylemi gerçekleştirmekten vazgeçmelidir:

(a) Grup üyelerini öldürmek;

(b) Grup üyelerine ciddi bedensel ve zihinsel zarar vermek;

(c) Grubun fiziksel olarak tamamen veya kısmen yok olmasına yol açacak yaşam koşullarını kasten uygulamak; ve

(d) Grup içinde doğumları önlemeye yönelik tedbirleri uygulamak.

(5) İsrail Devleti, yukarıdaki 4 (c) maddesi uyarınca, Filistinlilerle ilgili olarak, ilgili emirlerin, kısıtlamaların ve/veya yasakların iptal edilmesi de dahil olmak üzere; yetkisi dahilindeki aşağıdaki eylemleri oluşturan tüm tedbirlerden vazgeçecek ve bunları önleyecektir;

(a) Filistinlilerin evlerinden sürülmeleri ve zorla yerinden edilmeleri;

(b) Filistinlilerin aşağıdakilerden yoksun bırakılmaları:

i) Yeterli yiyecek ve suya erişim;

ii) Yeterli yakıt, barınma, kıyafet, hijyen ve temizliğe erişim de dahil olmak üzere insani yardıma erişim,

iii) Tıbbi malzeme ve yardıma erişim; ve

(c) Gazze'deki Filistinlilerin yaşamının yok edilmesi.

(6) İsrail Devleti, Filistinlilerle ilgili olarak, ordunun yanı sıra, kendisi tarafından yönlendirilebilecek, desteklenebilecek veya başka bir şekilde etkilenebilecek düzensiz silahlı birimler veya bireyler, ayrıca kontrolü, yönlendirmesi veya etkisi altında olabilecek organizasyonlar ve kişilerin, yukarıda (4). ve (5). maddelerde tanımlanan herhangi bir eylemi gerçekleştirmemelerini sağlamalıdır. Bunların soykırım işlemeye doğrudan ve alenen teşvikte bulunmaları, soykırım işlemek için komplo, soykırım işlemeye teşebbüs veya soykırımda suç ortaklığı yapmaları halinde, Soykırımı Önleme ve Cezalandırma Sözleşmesi'nin I, II, III ve IV. maddelerine göre, cezalandırılmaları için gerekli adımları atmalıdır.

(7) İsrail Devleti, Soykırımı Önleme ve Cezalandırma Sözleşmesi'nin II. maddesi kapsamındaki eylem iddialarıyla ilgili kanıtların yok edilmesini önlemek ve korunmasını sağlamak için etkili önlemler almalıdır. Bu amaçla,

İsrail Devleti, söz konusu kanıtların korunması ve saklanması yardımcı olmak amacıyla uluslararası yetkililer ve diğer organların Gazze'ye erişimini reddedecek veya kısıtlayacak şekilde hareket etmemelidir.

(8) İsrail Devleti, bu kararın yürürlüğe girebilmesi için alınan tüm tedbirlere ilişkin olarak, bu kararın verildiği tarihten itibaren bir hafta içinde ve daha sonra Mahkeme tarafından davaya ilişkin nihai karar verinceye kadar, Mahkemenin emredeceği düzenli aralıklarla Mahkemeye rapor sunmalıdır.

(9) İsrail Devleti, Mahkeme önündeki uyuşmazlığı ağırlaştıracak ve genişletecek ya da çözümünü zorlaştıracak herhangi bir eylemden kaçınmalı ve herhangi bir eylemde bulunulmamasını sağlamalıdır.”

6. Yazı İşleri Müdür Yardımcısı, Mahkeme Statüsü'nün 40. maddesinin 2. paragrafı ve Mahkeme İçtüzüğü'nün 73. maddesinin 2. paragrafı uyarınca, geçici tedbirlerin belirtilmesine ilişkin talebi içeren Başvuruyu derhal İsrail Hükümeti'ne ilemiştir. Aynı zamanda Birleşmiş Milletler Genel Sekreteri'ne, Güney Afrika'nın geçici tedbir talebini de içeren başvurusunu bildirmiştir.

7. Mahkeme Statüsü'nün 40. maddesinin 3. paragrafında öngörülen bildirim yapılmaya kadar, Yazı İşleri Müdür Yardımcısı, 3 Ocak 2024 tarihli bir mektupla, Mahkeme huzuruna çıkma hakkına sahip tüm Devletlere Başvurunun ve geçici tedbirlerin belirtilmesi talebinin sunulduğunu bildirmiştir.

8. Mahkeme, Heyet'e Taraflardan herhangi birinin uyuşmazlığından hiçbir yargıcı dahil etmediğinden, her bir Taraf, davaya katılacak *ad hoc* bir yargıç seçme konusunda Mahkeme Tüzüğü'nün 31. maddesinin kendisine verdiği hakkı kullanmaya devam etmiştir. Güney Afrika Bay Dikgang Ernest Moseneke'yi, İsrail ise Bay Aharon Barak'ı seçmiştir.

9. 29 Aralık 2023 tarihli mektuplarla, Yazı İşleri Müdür Yardımcısı, İçtüzüğün 74. maddesi 3. paragrafı uyarınca, Mahkeme'nin geçici tedbirlerin belirlenmesi talebine ilişkin sözlü duruşma tarihlerini 11 ve 12 Ocak 2024 olarak belirlendiğini taraflara bildirmiştir.

10. Kamuya açık duruşmalarda, geçici tedbirlerin belirlenmesine ilişkin görüşler aşağıdakiler tarafından sunulmuştur:

Güney Afrika adına: Ekselansları Bay Vusimuzi Madonsela,
Ekselansları Bay Ronald Lamola,
Bayan Adila Hassim,

Bay Tembeka,
Bay Tembeka Ngcukaitobi,

Bay John Dugard,
Bay Max du Plessis,
Bayan Blinne Ní Ghrálaigh,
Bay Vaughan Lowe.

İsrail adına: Bay Tal Becker,
Bay Malcolm Shaw,
Bayan Galit Ragan,
Bay Omri Sender,
Bay Christopher Staker,
Bay Gilad Noam.

11. Sözlü mütalaaların sonunda Güney Afrika, Mahkeme'den geçici tedbirleri takiben aşağıdaki hususları belirtmesini istemiştir:

“(1) İsrail Devleti, Gazze’de ve Gazze’ye karşı yürüttüğü askeri operasyonları derhal durdurmalıdır.

(2) İsrail Devleti, kendisi tarafından yönlendirilebilecek, desteklenebilecek veya etkilenebilecek herhangi bir askeri veya düzensiz silahlı birliğin ve kendi kontrolüne, yönlendirmesine ya da etkisine tabi olabilecek herhangi bir örgüt ya da kişinin, yukarıdaki (1). maddede (belirtilen) askeri operasyonları ilerletecek hiçbir adım atmamasını sağlamalıdır.

(3) Güney Afrika Cumhuriyeti ve İsrail Devleti, her biri, Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi kapsamındaki yükümlülükleri çerçevesinde Filistin halkıyla ilgili olarak, soykırımı önlemek için ellerinden gelen tüm makul tedbirleri almalıdır.

(4) İsrail Devleti, Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi kapsamındaki yükümlülükleri çerçevesinde, Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi tarafından korunan bir grup olan Filistin halkıyla ilgili olarak, özellikle Sözleşmenin II. maddesi kapsamındaki her türlü eylemi gerçekleştirmekten vazgeçmelidir:

(a) grup üyelerini öldürmek;

(b) grup üyelerince ciddi bedensel ve zihinsel zarar vermek;

(c) grubun fiziksel olarak tamamen veya kısmen yok olmasına yol açacak yaşam koşullarını kasten uygulamak; ve

(d) grup içinde doğumları önlemeye yönelik tedbirleri uygulamak.

(5) İsrail Devleti, yukarıdaki 4 (c) maddesi uyarınca, Filistinlilerle ilgili olarak, ilgili emirlerin, kısıtlamaların ve/veya yasakların iptal edilmesi de dahil olmak üzere; yetkisi dahilindeki aşağıdaki eylemleri oluşturan tüm tedbirleri almaktan vazgeçecek ve bunları önleyecektir;

(a) Filistinlilerin evlerinden sürülmeleri ve zorla yerinden edilmeleri;

(b) Filistinlilerin aşağıdakilerden yoksun bırakılmaları;

i) Yeterli yiyecek ve suya erişim;

ii) Yeterli yakıt, barınma, kıyafet, hijyen ve temizliğe erişim de dahil olmak üzere insani yardıma erişim,

iii) Tıbbi malzeme ve yardıma erişim.

c) Gazze'deki Filistinlilerin yaşamının yok edilmesi.

(6) İsrail Devleti, Filistinlilerle ilgili olarak, ordusunun yanı sıra, kendisi tarafından yönlendirilebilecek, desteklenebilecek veya başka bir şekilde etkilenebilecek düzensiz silahlı birliklerin veya bireylerin ve kendi kontrolüne, yönlendirmesine veya etkisine tabi olabilecek herhangi bir kuruluşun ve kişinin yukarıda (4) ve (5)'te belirtilen eylemleri gerçekleştirmemesini sağlamalıdır. Bunların soykırım işlemeye doğrudan ve alenen teşvikte bulunmaları, soykırım işlemek için komplo, soykırım işlemeye teşebbüs veya soykırımda suç ortaklığı yapmaları halinde, Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi'nin I, II, III ve IV. maddeleri uyarınca cezalandırılmaları için gerekli adımları atmalıdır.

(7) İsrail Devleti, Soykırımı Önleme ve Cezalandırma Sözleşmesi'nin II. Maddesi kapsamındaki eylem iddialarıyla ilgili kanıtların yok edilmesini önlemek ve korunmasını sağlamak için etkili önlemleri almalıdır. Bu amaçla, İsrail Devleti, bu kanıtların korunmasına ve muhafaza edilmesine yardımcı olmak amacıyla Gazze'ye gerçekleştirilen gerçekleri araştırma misyonlarına, uluslararası örgütlere ve diğer kurumlara erişimi reddetme veya kısıtlama yönünde hareket etmemelidir.

(8) İsrail Devleti, bu kararın yürürlüğe girebilmesi için alınan tüm

tedbirlere ilişkin olarak, bu kararın verildiği tarihten itibaren bir hafta içinde ve daha sonra Mahkeme tarafından davaya ilişkin nihai karar verilinceye kadar, Mahkemenin emredeceği düzenli aralıklarla Mahkemeye rapor sunmalıdır.

(9) İsrail Devleti Mahkeme önündeki uyuşmazlığı ağırlaştıracak, uzatacak veya çözümünü zorlaştıracak herhangi bir eylemden kaçınmalı ve hiçbir eylemde bulunulmamasını sağlamalıdır.”

12. Sözlü mütalaaların sonunda İsrail, Mahkeme'den aşağıdaki hususları talep etmiştir:

“(1) Güney Afrika tarafından sunulan geçici tedbirlerin belirtilmesine ilişkin talebin reddedilmesi; ve

(2) Davanın Genel Liste'den çıkarılması”.

*

* *

I. GİRİŞ

13. Mahkeme, mevcut davanın önüne geldiği aciliyet bağlamını hatırlatarak söze başlamaktadır. 7 Ekim 2023 tarihinde, Hamas ve Gazze Şeridi'nde bulunan diğer silahlı gruplar İsrail'de bir saldırı gerçekleştirmiş, 1.200'den fazla kişiyi öldürmüş, binlerce kişiyi yaralamış ve birçoğu rehin tutulmaya devam eden yaklaşık 240 kişiyi kaçırmıştır. Bu saldırının ardından İsrail Gazze'de karadan, havadan ve denizden geniş çaplı bir askeri operasyon başlatmış ve bu operasyon büyük sivil kayıplara, sivil altyapının büyük ölçüde tahrip olmasına ve Gazze'deki nüfusun ezici çoğunluğunun yerinden edilmesine sebep olmuştur (bakınız aşağıdaki 46. paragraf). Mahkeme, bölgede yaşanan insanlık trajedisinin boyutlarının son derece farkındadır ve devam eden can kayıpları ve insani acılardan endişe duymaktadır.

14. Gazze'de devam etmekte olan çatışma, Birleşmiş Milletler'in çeşitli organları ve uzman kuruluşları çerçevesinde ele alınmıştır. Özellikle, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu (bakınız 27 Ekim 2023 tarihinde kabul edilen A/RES/ES-10/21 sayılı karar ve 12 Aralık 2023 tarihinde kabul edilen A/RES/ES-10/22 sayılı karar) ve Güvenlik Konseyi (bakınız 15 Kasım 2023 tarihinde kabul edilen S/RES/2712(2023) sayılı karar ve 22 Aralık 2023 tarihinde kabul edilen S/RES/2720(2023) sayılı karar) tarafından çatışmanın birçok yönüne

atıfta bulunan kararlar olarak kabul edilmiştir. Bununla birlikte, Mahkeme’ye sunulan mevcut davanın kapsamı, Güney Afrika’nın süreci Soykırım Sözleşmesi kapsamında başlatmış olması nedeniyle sınırlıdır.

II. PRIMA FACIE YARGI YETKİSİ

1. İlk Gözlemler

15. Mahkeme, geçici tedbirleri ancak başvuran tarafından dayanılan hükümlerin, prima facie yargı yetkisinin tesis edilebileceği bir temel sağladığı görülüyorsa belirtebilir, ancak davanın esasına ilişkin olarak yargı yetkisine sahip olduğu konusunda kendisini kesin bir şekilde tatmin etmesi gerekmez (bakınız *Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi kapsamında Soykırım İddiaları (Ukrayna v. Rusya Federasyonu), Geçici Tedbirler 16 Mart 2022 tarihli Karar, I.C.J. Raporları, 2022(I), s.217-218 para.24*).

16. Mevcut davada Güney Afrika, Mahkeme’nin yargı yetkisini, Mahkeme Statüsü’nün 36. maddesinin 1. paragrafına ve Soykırım Sözleşmesi’nin IX. maddesine dayandırmaktadır (bakınız yukarıdaki 3. paragraf). Bu nedenle Mahkeme, öncelikle bu hükümlerin kendisine davanın esası hakkında karar verme yetkisi verip vermediğini belirlemeli ve -diğer koşullar yerine getirildiği takdirde-geçici tedbirlere işaret etmesine olanak sağlamalıdır.

17. Soykırım Sözleşmesi madde IX’a göre;

“Akit Taraflar arasında, bir Devletin soykırımdan veya III. maddede sayılan diğer fiillerden dolayı sorumluluğuna ilişkin olanlar da dahil olmak üzere, bu Sözleşme’nin yorumlanması, uygulanması veya yerine getirilmesine ilişkin uyuşmazlıklar, uyuşmazlığa taraf olanlardan herhangi birinin talebi üzerine Uluslararası Adalet Divanına sunulur.”

18. Güney Afrika ve İsrail Soykırım Sözleşmesi’ne taraftır. İsrail onay belgesini 9 Mart 1950 tarihinde, Güney Afrika ise katılım belgesini 10 Aralık 1998 tarihinde tevdi etmiştir. Taraflardan hiçbiri Sözleşme’nin IX. maddesine veya başka herhangi bir hükme çekince koymamıştır.

2. Soykırım Sözleşmesi’nin Yorumlanması, Uygulanması ve Yerine Getirilmesine İlişkin Bir İhtilafın Varlığı

19. Soykırım Sözleşmesi’nin IX. maddesi, Mahkeme’nin yargı yetkisini Sözleşme’nin yorumlanması, uygulanması ve yerine getirilmesine ilişkin uyuşmazlığın varlığına bağlı kılmaktadır. Uyuşmazlık, taraflar arasında

“hukuki ve fiili bir noktada anlaşmazlık, hukuki görüş veya menfaat çatışmasıdır” (*Mavrommatis Palestine Concessions, Judgement No.2, P.C.I.J. Series A, No.2, s.11*). Bir uyuşmazlığın var olabilmesi için, “bir tarafın iddiasına diğer tarafın kesin olarak karşı çıktığı gösterilmelidir” (Güney Batı Afrika (*Etiyopya v. Güney Afrika,; Liberya v. Güney Afrika*), *Ön İtirazlar, Karar, I.C.J. Raporları 1962, s.328*). İki taraf “belirli uluslararası yükümlülüklerin ‘yerine getirilmesi veya getirilmemesi konusunda açıkça zıt görüşlere sahip olmalıdır’” (*Karayip Denizi'nde Egemenlik Haklarının ve Deniz Alanlarının İhlal Edildiği İddiası (Nikaragua v. Kolombiya), Ön İtirazlar, Karar, I.C.J. Raporları 2016 (1), s. 26, para. 50, Bulgaristan, Macaristan ve Romanya ile yapılan Barış Antlaşmalarının Yorumlanması, Birinci Aşama, Danışma Görüşü, I.C.J. Raporları 1950, s.74*). Mevcut davada bir anlaşmazlığın mevcut olup olmadığını tespit etmek için Mahkeme, Taraflardan birinin Sözleşme'nin uygulandığını savunurken diğerinin bunu reddettiğini tespit etmekle kendisini sınırlayamaz. (bakınız *Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi Kapsamında Soykırım İddiaları (Ukrayna v. Rusya Federasyonu), Geçici Tedbirler, 16 Mart 2022 tarihli karar, I.C.J. Raporları, 2022(I), s.218-219, para. 28*).

20. Güney Afrika, mahkemenin yargı yetkisinin temeli olarak Soykırım Sözleşmesi'nin uyuşmazlık çözüm maddesini ileri sürdüğünden, Mahkeme ayrıca, yargılamanın mevcut aşamasında, Başvurucu tarafından şikayet edilen eylem ve ihmallerin *ratione materiae* bu sözleşmenin kapsamına girip girmediğini tespit etmelidir (*Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi kapsamında Soykırım İddiaları (Ukrayna v. Rusya Federasyonu), Geçici Tedbirler, 16 Mart 2022 tarihli Karar, I.C.J. Raporları 2022 (I), s.219, para. 29*).

* *

21. Güney Afrika, İsrail ile Soykırım Sözleşmesi'nin yorumlanması, uygulanması ve yerine getirilmesine ilişkin bir ihtilaf olduğunu iddia etmektedir. Başvurunun yapılmasından önce, Güney Afrika'nın İsrail'in Gazze'deki eylemlerinin Filistin halkına karşı soykırım anlamına geldiği yönündeki endişelerini, Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi ve Genel Kurulu da dahil olmak üzere çeşitli çok taraflı ortamlarda ve kamuoyuna yaptıkları açıklamalarda defalarca ve ivedilikle dile getirdiği iddia edilmektedir. Özellikle, Güney Afrika Uluslararası İlişkiler ve İşbirliği Dairesi tarafından 10 Kasım 2023 tarihinde yayınlanan basın açıklamasında belirttiği üzere, Daire Genel Müdürü 9 Kasım 2023'de İsrail'in Güney Afrika Büyükelçisi

ile görüşmüş ve Güney Afrika'nın, " Hamas'ın sivillere yönelik saldırılarını kınarken", İsrail'in 7 Ekim 2023'teki saldırılara verdiği yanıtı hukuka aykırı bulduğunu ve Filistin'deki durumu Uluslararası Ceza Mahkemesi'ne havale ederek İsrail liderliğinin savaş suçları, insanlığa karşı suçlar ve soykırım niyetiyle soruşturulmasını talep etme niyetine olduğunu kendisine bildirmiştir. Ayrıca, İsrail'in temsil edildiği Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 12 Aralık 2023 tarihinde devam eden 10. acil özel oturumunda Güney Afrika'nın Birleşmiş Milletler temsilcisi özellikle "son altı haftada Gazze'de yaşanan olaylar, İsrail'in Soykırım Sözleşmesi kapsamındaki yükümlülüklerine aykırı hareket ettiğini göstermektedir" ifadelerini kullanmıştır. Başvurucu, Taraflar arasındaki ihtilafın o dönemde halihazırda belirginleşmiş olduğu görüşündedir. Güney Afrika'ya göre İsrail, Dışişleri Bakanlığı tarafından yayınlanan ve 8 Aralık 2023 tarihinde güncellenen " Hamas-İsrail Çatışması 2023: Sıkça Sorulan Sorular" başlıklı belgede soykırım suçlamasını reddetmiştir: "İsrail'e yönelik soykırım suçlamasının sadece gerçekler ve hukuk açısından tamamen asılsız değil, aynı zamanda ahlaki açıdan da iğrenç" olduğunu belirtmiştir. Başvurucu ayrıca 21 Aralık 2023 tarihinde Güney Afrika Uluslararası İlişkiler ve İşbirliği Dairesinin, Pretoria'daki İsrail Büyükelçiliğine bir nota gönderdiğini belirtmiştir. Söz konusu notada İsrail'in Gazze'deki eylemlerinin soykırım anlamına geldiği ve Güney Afrika'nın soykırımın gerçekleşmesini önleme yükümlülüğü altında olduğu görüşünün yineleniği ifade edilmiştir. Başvurucu, İsrail'in 27 Aralık 2023 tarihli bir nota ile cevap verdiğini belirtmektedir. Bununla birlikte, söz konusu notada İsrail'in Güney Afrika tarafından dile getirilen hususları ele almadığını ileri sürmektedir.

22. Başvurucu ayrıca, 7 Ekim 2023 tarihli saldırının ardından İsrail tarafından Gazze'de gerçekleştirilen fillerin tamamı olmasa bile en azından bir kısmının Soykırım Sözleşmesi hükümleri kapsamına girdiğini ileri sürmektedir. Sözleşme'nin I. maddesine aykırı olarak, İsrail'in Sözleşme'nin II. maddesinde tanımlanan soykırım eylemlerini "gerçekleştirdiğini veya gerçekleştirmekte olduğunu" ve "İsrail'in, yetkililerinin ve/veya ajanlarının, Soykırım Sözleşmesi kapsamında korunan bir grubun parçası olan Gazze'deki Filistinlileri yok etme niyetiyle hareket ettiğini" iddia etmektedir. Güney Afrika'ya göre söz konusu eylemler arasında Gazze'deki Filistinlilerin öldürülmesi, ciddi bedensel ve zihinsel zarara uğratılması, fiziksel yıkıma yol açacak yaşam koşullarına maruz bırakılması ve zorla yerinden edilmesi yer almaktadır. Güney Afrika ayrıca İsrail'in "Soykırım Sözleşmesi'nin III. ve IV. maddelerine aykırı olarak soykırımı, soykırımı işlemek için komplo kurmayı, soykırımı doğrudan ve alenen kışkırtmayı, soykırımı teşebbüsü ve soykırımı

suç ortaklığını önleme veya cezalandırma konusunda başarısız olduğunu” iddia etmektedir.

*

23. İsrail, Güney Afrika'nın Soykırım Sözleşmesi'nin IX. maddesi uyarınca Mahkeme'nin prima facie yargı yetkisini göstermekte başarısız olduğunu iddia etmektedir. İlk olarak, Güney Afrika'nın başvurusunu yapmadan önce İsrail'e soykırım iddialarına cevap vermesi için makul bir fırsat vermemesi nedeniyle Taraflar arasında bir ihtilaf olmadığını savunmaktadır. İsrail, bir yandan Güney Afrika'nın İsrail'i soykırımla suçlayan ve Filistin'deki durumu Uluslararası Ceza Mahkemesi'ne havale eden açıklamalarının, diğer yandan da İsrail Dışişleri Bakanlığı tarafından yayınlanan ve Güney Afrika'ya doğrudan ya da dolaylı olarak hitap etmeyen belgenin, Mahkeme içtihadının gerektirdiği şekilde “olumlu bir görüş ayrılığının” varlığını kanıtlamak için yeterli olmadığını ileri sürmektedir. Davalı, Güney Afrika'nın 21 Aralık 2023 tarihli Notasına cevaben İsrail'in Pretoria Büyükelçiliği'nden Güney Afrika Uluslararası İlişkiler ve İşbirliği Dairesine gönderilen 27 Aralık 2023 tarihli Notada, İsrail'in Güney Afrika tarafından gündeme getirilen konuları görüşmek üzere Taraflar arasında bir toplantı yapılmasını önerdiğini vurgulamakta, ancak bu diyalog kurma girişiminin ilgili zamanda Güney Afrika tarafından göz ardı edildiğini savunmaktadır. İsrail, Güney Afrika'nın İsrail'e karşı tek taraflı iddialarının, Başvurunun yapılmasından önce iki Devlet arasında herhangi bir ikili etkileşimin yokluğunda, Soykırım Sözleşmesi'nin IX. maddesi uyarınca bir ihtilafın varlığını tespit etmek için yeterli olmadığını düşünmektedir.

24. İsrail ayrıca, Güney Afrika tarafından şikâyet edilen eylemlerin Soykırım Sözleşmesi hükümleri kapsamına giremeyeceğini, çünkü Filistin halkını tamamen veya kısmen yok etmek için gerekli özel niyetin prima facie temelinde bile kanıtlanmadığını savunmaktadır. İsrail'e göre, 7 Ekim 2023 tarihinde işlenen vahşetin ardından, Hamas'ın İsrail'e yönelik ayırım gözetmeyen roket saldırıları karşısında İsrail, kendisini savunmak, kendisine yönelik tehditleri sona erdirmek ve rehinaleri kurtarmak amacıyla hareket etmiştir. İsrail ayrıca, sivillerin zararını hafifletme ve insani yardımı kolaylaştırma uygulamalarının herhangi bir soykırım niyetinin olmadığını gösterdiğini de eklemektedir. İsrail, savaşın patlak vermesinden bu yana Gazze'deki çatışmayla ilgili olarak İsrail'deki ilgili makamlar tarafından alınan resmi kararların, özellikle de Ulusal Güvenlik İşleri Bakanlar Komitesi ve Savaş Kabinesi ile İsrail Savunma Kuvvetleri Operasyon Müdürlüğü tarafından alınan kararların dikkatli bir şekilde incelenmesinin, sivillere zarar

vermekten kaçınma ve insani yardımı kolaylaştırma ihtiyacına verilen önemi gösterdiğini ileri sürmektedir. Bu görüşe göre, bu tür kararların soykırım niyeti taşımadığı açıkça ortaya konmaktadır.

* *

25. Mahkeme, Başvurunun yapıldığı tarihte taraflar arasında bir ihtilaf olup olmadığına karar vermek amacıyla, özellikle Taraflar arasında paylaşılan bilgi ve belgelerin yanı sıra çok taraflı ortamlarda yapılan tüm paylaşımları da dikkate aldığını hatırlatır. Bunu yaparken, beyanın veya belgenin yazarına, amaçlanan veya gerçek muhatap ve içeriğine özel önem verir. Bir ihtilafın varlığı, Mahkeme tarafından objektif olarak tespit edilmesi gereken bir konudur; bu bir şekil veya usul meselesi değil, esasa ilişkin bir meseledir. (bkz. *Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi kapsamında Soykırım İddiaları (Ukrayna v. Rusya Federasyonu), Geçici Tedbirler, 16 Mart 2022 tarihli Karar, I.C.J. Raporları 2022 (I), s. 220-221, para. 35).*

26. Mahkeme, Güney Afrika'nın çeşitli çok taraflı ve ikili ortamlarda, İsrail'in Gazze'deki askeri operasyonlarının niteliği, kapsamı ve derecesi ışığında, İsrail'in eylemlerinin Soykırım Sözleşmesi kapsamındaki yükümlülüklerinin ihlali anlamına geldiği görüşünü ifade ettiği kamuoyu açıklamaları yayınladığını not etmektedir. Örneğin, İsrail'in temsil edildiği Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nda 12 Aralık 2023 tarihinde yeniden başlayan 10. acil özel oturumunda Birleşmiş Milletler Güney Afrika temsilcisi "Gazze'de son altı haftada yaşanan olaylar İsrail'in Soykırım Sözleşmesi kapsamındaki yükümlülüklerine aykırı hareket ettiğini göstermektedir" ifadelerini kullanmıştır. Güney Afrika, İsrail'in Pretoria Büyükelçiliği'ne gönderdiği 21 Aralık 2023 tarihli notasında bu açıklamayı hatırlatmıştır.

27. Mahkeme, İsrail'in 6 Aralık 2023 tarihinde İsrail Dışişleri Bakanlığı tarafından yayınlanan ve daha sonra güncellenerek 15 Aralık 2023 tarihinde İsrail Savunma Kuvvetleri resmi internet sitesinde "Hamis'a Karşı Savaş: En Acil Sorularınız Yanıtlanıyor" başlığı altında yeniden yayınlanan bir belgede "İsrail'e yönelik soykırım suçlaması sadece gerçekler ve hukuk açısından tamamen asılsız olmakla kalmayıp, ahlaki açıdan da iğrençtir." diyerek Gazze'deki çatışma bağlamında soykırım suçlamasını reddettiğini kaydetmektedir. Belgede İsrail ayrıca "soykırım suçlamasının ... sadece hukuki ve olgusal açıdan tutarsız değil, aynı zamanda ahlaksızca olduğunu" ve "soykırım gibi çirkin bir suçlama için gerçekte ya da hukukta geçerli bir dayanak bulunmadığını" belirtmiştir.

28. Yukarıda belirtilenler ışığında, Mahkeme, Tarafların İsrail tarafından Gazze'de işlendiği iddia edilen belirli eylemlerin veya ihmallerin, İsrail'in Soykırım Sözleşmesi kapsamındaki yükümlülüklerini ihlal ettiği anlamına gelip gelmediği konusunda açıkça karşıt görüşlere sahip oldukları kanaatindedir. Mahkeme, yukarıda belirtilen unsurların, bu aşamada, Taraflar arasında Soykırım Sözleşmesi'nin yorumlanması, uygulanması veya yerine getirilmesine ilişkin ihtilafın varlığını prima facie ortaya koyabilmek için yeterli olduğunu tespit etmektedir.

29. Başvurucu tarafından şikâyet edilen eylem ve ihmallerin Soykırım Sözleşmesi hükümleri kapsamına girip girmediği meselesine gelince, Mahkeme Güney Afrika'nın İsrail'i Gazze'de soykırım işlemekten ve soykırım eylemlerini önleyip cezalandırmamaktan sorumlu tuttuğunu hatırlatır. Güney Afrika, İsrail'in Soykırım Sözleşmesi kapsamındaki "soykırım işlemek için komplo kurma, soykırımı doğrudan ve alenen teşvik, soykırımı teşebbüs ve soykırımında suç ortaklığı" gibi diğer yükümlülüklerini de ihlal ettiğini iddia etmektedir.

30. İsrail'in Soykırım Sözleşmesi kapsamındaki yükümlülüklerinin ihlal edilip edilmediğini, yargılamanın mevcut aşamasında Mahkemenin tespit etmesi gerekli değildir. Böyle bir tespit, Mahkeme tarafından ancak mevcut davanın esasının incelenmesi aşamasında yapılabilir. Daha önce belirtildiği üzere (bakınız yukarıdaki 20. paragraf), geçici tedbirlerin belirtilmesine ilişkin bir karar verme aşamasında, Mahkeme'nin görevi, başvuran tarafından şikâyet edilen eylem ve ihmallerin Soykırım Sözleşmesi hükümleri kapsamına girip girmediğini tespit etmektir. (krş. *Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılmasına İlişkin Sözleşme Kapsamında Soykırım İddiaları (Ukrayna v. Rusya Federasyonu), Geçici Tedbirler, 16 Mart 2022 tarihli Karar, I.C.J. Raporları 2022 (I), s. 222, para. 43*). Mahkeme'nin görüşüne göre, Güney Afrika tarafından, İsrail tarafından Gazze'de işlendiğini iddia edilen eylem ve ihmallerin en azından bir kısmı Sözleşme hükümleri kapsamına girebilecek niteliktedir.

3. Prima Facie Yargı Yetkisine İlişkin Sonuç

31. Yukarıda belirtilenler ışığında Mahkeme, Soykırım Sözleşmesi'nin IX. maddesi uyarınca davaya bakmak için prima facie yargı yetkisine sahip olduğu sonucuna varmıştır.

32. Yukarıdaki sonuç göz önüne alındığında, Mahkeme, İsrail'in davanın Genel Liste'den çıkarılması yönündeki talebinin kabul edilemeyeceği kanaatindedir.

III. GÜNEY AFRİKA’NIN POZİSYONU

33. Mahkeme, mevcut yargılamada Başvurucunun davadaki konumuna Davalının itiraz etmediğini kaydeder. Mahkeme, Soykırım Sözleşmesi’nin IX. maddesinin de ileri sürüldüğü *Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi*’nin *Uygulanmasına (Gambiya v. Myanmar)* ilişkin davada, Sözleşmeye taraf olan tüm Devletlerin soykırımın önlenmesi, bastırılması ve cezalandırılmasını sağlamak için ortak bir çıkara sahip olduklarını hatırlatır. Böyle bir ortak çıkar, herhangi bir taraf Devletin ilgili sözleşmeye taraf olan diğer tüm Devletlere karşı söz konusu yükümlülükleri üstlendiği anlamına gelir; bunlar, her bir Devletin herhangi bir durumda bunlara uyma konusunda menfaati olması anlamında *erga omnes partes* yükümlülüklerdir. Soykırım Sözleşmesi kapsamındaki ilgili yükümlülüklere uyulmasındaki ortak çıkar, herhangi bir taraf Devletin, ayırım gözetmeksizin *erga omnes partes* yükümlülüklerinin ihlali iddiası nedeniyle başka bir taraf Devletin sorumluluğuna başvurma hakkına sahip olmasını gerektirir. Buna göre Mahkeme, Soykırım Sözleşmesine taraf olan herhangi bir Devletin, Soykırım Sözleşmesine taraf başka bir Devletin, *erga omnes partes* kapsamındaki yükümlülüklerine uymadığı iddiasını belirlemek amacıyla, Mahkeme önünde dava açılması da dahil olmak üzere, başka bir taraf Devletin sorumluluğuna başvurabileceğini tespit etmiştir (*Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesinin Uygulanması Başvurusu, (Gambiya v. Myanmar), Ön İtirazlar, Karar, I.C.J. Raporları 2022 (II)*, s. 516-517, para. 107-108 ve 112).

34. Mahkeme, *prima facie*, Güney Afrika’nın İsrail ile Soykırım Sözleşmesi kapsamındaki yükümlülüklerini ihlal ettiği iddiasına ilişkin uyumsuzluğu kendisine sunmaya yetkili olduğu sonucuna varmıştır.

IV. KORUNMASI TALEP EDİLEN HAKLAR VE BU HAKLAR İLE TALEP EDİLEN TEDBİRLER ARASINDAKİ BAĞLANTI

35. Mahkeme Statü’nün 41. maddesi uyarınca, geçici tedbirlere işaret etme yetkisinin amacı, bir davanın esası hakkında karar verene kadar, davanın taraflarınca talep edilen hakların korunmasıdır. Buradan, Mahkemenin bu tür tedbirlerle, daha sonra taraflardan birine ait olduğuna karar verebileceği hakları korumakla ilgilenmesi gerektiği sonucu çıkmaktadır. Bu nedenle, Mahkeme bu yetkisini ancak bu tür tedbirleri talep eden tarafın ileri sürdüğü hakların en azından makul olduğuna kanaat getirdiği takdirde kullanabilir (bakınız, örneğin, *Sözleşme Kapsamında Soykırım İddiaları Soykırım*

Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılması (Ukrayna v. Rusya Federasyonu), Geçici Tedbirler, 16 Mart 2022 tarihli Karar, I.C.J. Reports 2022 (I), s. 223, para. 50).

36. Ancak yargılamanın bu aşamasında, Mahkeme'den Güney Afrika'nın korunmasını istediği hakların var olup olmadığını kesin olarak belirlemesi istenmemektedir. Mahkemenin sadece Güney Afrika tarafından iddia edilen ve koruma talep edilen hakların makul olup olmadığına karar vermesi gerekir. Ayrıca, korunması talep edilen haklar ile talep edilen geçici tedbirler arasında bir bağlantı bulunmalıdır (*Soykırımın Önlenmesi ve Soykırım Suçunun Cezalandırılması Sözleşmesi kapsamında Soykırım İddiaları (Ukrayna v. Rusya Federasyonu), Geçici Tedbirler, Karar 16 Mart 2022 tarihli kararı, I.C.J. Reports 2022 (I), s.224, para. 51).*

* *

37. Güney Afrika, Gazze'de Filistinlilerin haklarının yanı sıra Soykırım Sözleşmesi kapsamındaki kendi haklarını da korumayı amaçladığını savunmaktadır. Gazze Şeridi'ndeki Filistinlilerin soykırım eylemlerinden, soykırım girişiminden, soykırım işlemeye doğrudan veya alenen teşvikten, soykırıma suç ortaklığından ve soykırım işlemek için komplo kurmaktan korunma haklarına atıfta bulunmaktadır. Başvurucu, Sözleşme'nin bir grubun veya bir grubun bir bölümünün yok edilmesini yasakladığını ileri sürmekte ve Gazze Şeridi'ndeki Filistinlilerin bir gruba mensup olmaları nedeniyle "grubun kendisi gibi Sözleşme tarafından korunduğunu" belirtmektedir. Güney Afrika ayrıca Soykırım Sözleşmesi'ne uyulmasını güvence altına almak için kendi hakkını korumaya çalıştığını savunmaktadır. Güney Afrika, söz konusu hakların Soykırım Sözleşmesi'nin "olası bir yorumuna dayandığı" için "en azından makul" olduğunu iddia etmektedir.

38. Güney Afrika, Mahkeme önündeki delillerin "soykırım eylemlerine ilişkin makul bir iddiayı haklı çıkaracak bir davranış kalıbını ve ilgili niyeti tartışmasız bir şekilde gösterdiğini" ileri sürmektedir. Özellikle şu eylemlerin soykırım kastıyla işlendiğini iddia etmektedir: öldürme, ciddi bedensel yaralanmaya neden olma, grubun bütünüyle veya kısmen fiziksel varlığını ortadan kaldıracığı hesaplanan yaşam koşullarını hayata geçirme ve grup içinde doğumları engellemeye yönelik tedbirler alma. Güney Afrika'ya göre soykırım niyeti, İsrail'in askeri saldırı şeklinden, İsrail'in Gazze'deki açık davranış modelinden ve İsraili yetkililerin Gazze Şeridi'ndeki askeri operasyonla ilgili olarak yaptıkları açıklamalardan anlaşılmaktadır. Başvurucu

ayrıca, “İsrail Hükümeti’nin bu tür soykırım kışkırtmalarını kınama, önleme ve cezalandırma konusundaki kasıtlı başarısızlığının başlı başına Soykırım Sözleşmesinin ağır bir ihlalini teşkil ettiğini” iddia etmektedir. Güney Afrika, Davalının Hamas’ı yok etmeye yönelik beyan ettiği herhangi bir niyetin, İsrail’in Gazze’deki Filistin halkının tamamına veya bir kısmına yönelik soykırım niyetini engellemediğini vurgulamaktadır.

*

39. İsrail, geçici tedbirler aşamasında, Mahkeme’nin bir davada taraflarca iddia edilen hakların makul olduğunu tespit etmesi gerektiğini, ancak “iddia edilen hakların makul olduğunu beyan etmenin yeterli olmadığını” belirtmektedir. Davalıya göre, Mahkeme ayrıca, iddia edilen hakların olası ihlali sorunu da dahil olmak üzere, olgu iddialarını ilgili bağlamda değerlendirmelidir.

40. İsrail, Gazze’deki çatışma için uygun yasal çerçevenin Soykırım Sözleşmesi değil, uluslararası insancıl hukuk olduğunu ileri sürmektedir. Şehir savaşı durumlarında, sivil kayıpların askeri nesnelere karşı yasal güç kullanımının istenmeyen bir sonucu olabileceğini ve soykırım eylemi teşkil etmediğini savunmaktadır. İsrail, Güney Afrika’nın sahadaki gerçekleri yanlış aktardığını değerlendirmekte ve Gazze’de operasyonlar yürütürken zararı azaltma ve insani yardım faaliyetleri yoluyla zorlukları ve acıları hafifletme çabalarının soykırım niyeti iddialarını ortadan kaldırmayı sağladığını ya da en azından bu iddialara ters düştüğünü gözlemlemektedir. Davalıya göre, Güney Afrika tarafından sunulan İsraili yetkililerin açıklamaları “en iyi ihtimalle yanıltıcıdır” ve “hükümet politikasına uygun değildir”. İsrail ayrıca Başsavcısının yakın zamanda yaptığı “diğerlerinin yanı sıra sivillere kasıtlı olarak zarar verilmesi çağrısında bulunan her türlü açıklama . . . kışkırtma suçu da dahil olmak üzere cezai bir suç teşkil edebilir” ve “şu anda bu tür birkaç vaka İsrail kolluk kuvvetleri tarafından incelenmektedir” şeklindeki açıklamalarına dikkat çekmektedir. İsrail’in görüşüne göre, ne bu ifadeler ne de Gazze Şeridi’ndeki davranış biçimi, soykırım niyetine dair “makul bir çıkarım” doğurmamaktadır. Her halükârda İsrail, geçici tedbirlerin amacı her iki tarafın da haklarını korumak olduğu için, Mahkeme’nin mevcut davada Güney Afrika ve İsrail’in ilgili haklarını dikkate alması ve “dengelemesi” gerektiğini iddia etmektedir. Davalı, 7 Ekim 2023 tarihinde meydana gelen saldırı sonucunda yakalanan ve rehin tutulanlar da dahil olmak üzere vatandaşlarını koruma sorumluluğunu taşıdığını vurgulamaktadır. Sonuç olarak, meşru müdafaa hakkının, mevcut durumun herhangi bir değerlendirmesinde kritik öneme

sahip olduğunu iddia etmektedir.

* *

41. Mahkeme, Sözleşme'nin I. maddesi uyarınca, Sözleşmeye taraf olan tüm Devletlerin soykırım suçunu “önlemeyi ve cezalandırmayı” taahhüt ettiklerini hatırlar. Madde II'ye göre;

“soykırım, ulusal, etnik, ırksal veya dinsel bir grubu tamamen veya kısmen yok etmek amacıyla işlenen aşağıdaki fiillerden herhangi biri anlamına gelir:

(a) Grubun üyelerini öldürmek;

(b) Grubun üyelerine ciddi bedensel veya zihinsel zarar vermek;

(c) Grubun tamamen veya kısmen fiziksel olarak yok olmasına yol açacağı hesaplanan yaşam koşullarını kasıtlı olarak gruba uygulamak;

(d) Grup içinde doğumları önlemeye yönelik tedbirler uygulamak;

(e) Grubun çocuklarını zorla başka bir gruba nakletmek”.

42. Soykırım Sözleşmesi'nin III. maddesi uyarınca, aşağıdaki eylemler de Sözleşme tarafından yasaklanmıştır: soykırım işlemek için işbirliği (Madde III, para. (b)), soykırım işlemek için doğrudan ve alenen teşvik (Madde III, para. (c)), soykırım işlemeye teşebbüs (Madde III, para. (d)) ve soykırımda suç ortaklığı (Madde III, para. (e)).

43. Sözleşme hükümleri, ulusal, etnik, ırksal veya dini bir grubun üyelerini soykırım eylemlerinden veya III. maddede sayılan diğer cezalandırılabilir eylemlerden korumayı amaçlamaktadır. Mahkeme, Soykırım Sözleşmesi kapsamında korunan grupların üyelerinin hakları, Sözleşmeye taraf Devletlerin yükümlülükleri ve herhangi bir taraf Devletin başka bir taraf Devletten Sözleşmeye uymasını talep etme hakkı arasında bir ilişki olduğunu düşünmektedir (*Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılmasına İlişkin Sözleşme'nin Uygulanması (Gambiya v. Myanmar), Geçici Tedbirler, 23 Ocak 2020 tarihli Karar, I.C.J. Raporları 2020, s. 20, para. 52*).

44. Eylemlerin Sözleşme'nin II. maddesi kapsamına girebilmesi için Mahkeme'ye göre,

“niyet, belirli bir grubun en azından önemli bir bölümünü yok etmek olmalıdır. Soykırım suçunun doğası bunu gerektirmektedir: Sözleşme'nin

amacı ve hedefi bir bütün olarak grupların kasıtlı olarak yok edilmesini önlemek olduğundan, hedef alınan kısım grubun bütünü üzerinde etki yaratacak kadar önemli olmalıdır.” (*Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesinin Uygulanması (Bosna Hersek v. Sırbistan ve Karadağ)*, *Karar, I.C.J. Raporları 2007 (I)*, s. 126, para. 198.)

45. Filistinlilerin farklı bir “ulusal, etnik, ırksal veya dini grup” ve dolayısıyla Soykırım Sözleşmesi’nin II. maddesi anlamında korunan bir grup oluşturduğu görülmektedir. Mahkeme, Birleşmiş Milletler kaynaklarına göre, Gazze Şeridi’ndeki Filistinli nüfusun 2 milyondan fazla olduğunu gözlemlemektedir. Gazze Şeridi’ndeki Filistinliler korunan grubun önemli bir bölümünü oluşturmaktadır.

46. Mahkeme, 7 Ekim 2023 tarihli saldırının ardından İsrail tarafından yürütülen askeri operasyonun çok sayıda ölüm ve yaralanmanın yanı sıra evlerin büyük ölçüde yıkılmasına, nüfusun büyük çoğunluğunun zorla yerinden edilmesine ve sivil altyapıya büyük zarar vermesine neden olduğunu kaydetmektedir. Gazze Şeridi’ne ilişkin rakamlar bağımsız olarak doğrulanamamakla birlikte, son bilgiler 25.700 Filistinlinin öldürüldüğünü, 63.000’den fazla yaralanmanın rapor edildiğini, 360.000’den fazla konutun yıkıldığını veya kısmen hasar gördüğünü ve yaklaşık 1,7 milyon kişinin ülke içinde yerinden edildiğini göstermektedir (bakınız Birleşmiş Milletler İnsani İşler Koordinasyon Ofisi (OCHA), *Gazze Şeridi’ndeki Çatışmalar ve İsrail - Bildirilen Etkiler*, 109. Gün (24 Ocak 2024)).

47. Mahkeme, bu bağlamda, Birleşmiş Milletler İnsani İşlerden Sorumlu Genel Sekreter Yardımcısı ve Acil Yardım Koordinatörü Martin Griffiths’in 5 Ocak 2024 tarihinde yaptığı açıklamayı dikkate almaktadır:

“Gazze ölüm ve umutsuzluğun hüküm sürdüğü bir yer haline geldi.

... Sıcaklıklar hızla düşerken aileler açıkta uyuyor. Sivillere güvenlikleri için yer değiştirmeleri söylenen bölgeler bombardıman altında. Tıbbi tesisler amansız bir saldırı altında. Kısmen işlevsel olan birkaç hastane travma vakalarıyla dolup taşıyor, tüm malzemeler kritik derecede yetersiz ve güvenlik arayan çaresiz insanların akınına uğruyor.

Bir halk sağlığı felaketi yaşanıyor. Bulaşıcı hastalıklar, kanalizasyonların taşmasıyla aşırı kalabalık barınaklarda yayılıyor. Bu kaos ortamında her gün yaklaşık 180 Filistinli kadın doğum yapıyor. İnsanlar şimdiye kadar kaydedilen en yüksek gıda güvensizliği seviyesiyle karşı karşıya. Kıtlık kapıda.

Özellikle çocuklar için son 12 hafta travmatik oldu: Yiyecek yok. Su yok. Okul yok. Her gün savaşın korkunç seslerinden başka bir şey yok.

Gazze kelimenin tam anlamıyla yaşanmaz hale geldi. İnsanlar, dünya seyrederken, varlıklarına yönelik günlük tehditlere tanık oluyorlar.” (OCHA, “BM yardım şefi: Gazze'deki savaş sona ermeli”, İnsani İşlerden Sorumlu Genel Sekreter Yardımcısı ve Acil Yardım Koordinatörü Martin Griffiths'in açıklaması, 5 Ocak 2024).

48. Kuzey Gazze'ye yapılan bir ziyaretin ardından Dünya Sağlık Örgütü (WHO) 21 Aralık 2023 tarihi itibariyle şunları kaydetmiştir:

“Gazze'deki nüfusun %93'ü kriz seviyelerinde açlık, yetersiz gıda ve yüksek düzeyde yetersiz beslenme ile mücadele etmektedir. Her 4 haneden en az 1'i 'felaket koşulları' ile karşı karşıyadır: aşırı derecede gıda eksikliği ve açlık yaşamakta ve basit bir öğünü karşılayabilmek için mallarını satmaya ve diğer aşırı önlemlere başvurmaktadır. Açlık, yoksulluk ve ölüm açıkça görülmektedir.” (WHO, “Açlık ve hastalığın ölümcül kombinasyonu Gazze'de daha fazla ölüme yol açacak”, 21 Aralık 2023; ayrıca bkz. Dünya Gıda Programı, “Her dört kişiden biri aşırı açlıkla karşı karşıya olduğu için Gazze uçurumun kenarında”, 20 Aralık 2023).

49. Mahkeme ayrıca, Birleşmiş Milletler Yakın Doğu'daki Filistinli Mültecilere Yardım ve Bayındırlık Ajansı (UNRWA) Genel Komiseri Sayın Philippe Lazzarini tarafından 13 Ocak 2024 tarihinde yayınlanan açıklamayı da not etmektedir:

“ Hamas ve diğer grupların İsrail'deki insanlara karşı gerçekleştirdiği korkunç saldırıların ardından Gazze'deki insanları öldüren ve yerlerinden eden yıkıcı savaşın başlamasından bu yana 100 gün geçti. Rehinelere ve aileleri için çile ve endişe dolu 100 gün oldu.

Geçtiğimiz 100 gün içinde Gazze Şeridi boyunca devam eden bombardıman, sürekli yerlerinden edilen ve bir gecede terk etmek zorunda kalan- ancak aynı derecede güvensiz yerlere taşınan bir nüfusun kitlesel olarak yer değiştirmesine neden oldu. Bu, Filistin halkının 1948'den bu yana yaşadığı en büyük yerinden edilme olmuştur.

Bu savaş Gazze'nin toplam nüfusu olan 2 milyondan fazla insanı etkilemiştir. Pek çoğu hem fiziksel hem de psikolojik yaralarını ömür boyu taşıyacaktır. Çocuklar da dahil olmak üzere büyük çoğunluk derin bir travma geçirmiştir.

Aşırı kalabalık ve sağlıksız UNRWA barınakları şu anda 1.4 milyondan fazla insanın ‘evi’ haline gelmiştir. Yiyecekte hijyene ve mahremiyete kadar her şeyden yoksunlar. İnsanlar, çocuklar da dahil olmak üzere hastalıkların yayıldığı insanlık dışı koşullarda yaşıyor. Kıtılığa doğru hızla ilerleyen bir zaman diliminde, yaşanamaz olanın içinde yaşıyorlar.

Gazze’deki çocukların durumu özellikle yürek parçalayıcı. Bütün bir çocuk nesli travma geçirmiş durumda ve iyileşmeleri yıllar alacak. Binlerce çocuk öldürüldü, sakat bırakıldı ve yetim kaldı. Yüz binlercesi eğitimden mahrum bırakıldı. Gelecekleri, geniş kapsamlı ve uzun süreli sonuçlarıyla birlikte tehlikede.” (UNRWA, “Gazze Şeridi: Ölüm, yıkım ve yerinden edilmenin 100 günü”, UNRWA Genel Komiseri Philippe Lazzarini’nin açıklaması, 13 Ocak 2024).

50. UNRWA Genel Komiseri ayrıca Gazze’deki krizin “insanlıktan çıkarıcı bir dille daha da derinleştiğini” ifade etmiştir (UNRWA, “Gazze Şeridi: 100 günlük ölüm, yıkım ve yerinden edilme”, UNRWA Genel Komiseri Philippe Lazzarini’nin açıklaması, 13 Ocak 2024).

51. Bu bağlamda Mahkeme, üst düzey İsraili yetkililer tarafından yapılan bir dizi açıklamayı not etmiştir. Özellikle aşağıdaki örneklere dikkat çekmektedir.

52. 9 Ekim 2023 tarihinde, İsrail Savunma Bakanı Yoav Gallant, Gazze Şehri’nin “tamamen kuşatılması” emrini verdiğini ve “elektrik, yiyecek, yakıt” olmayacağını ve “her şeyin kapatıldığını” açıkladı. Ertesi gün Bakan Gallant, Gazze sınırındaki İsrail askerlerine hitaben yaptığı konuşmada şunları söyledi

“Tüm kısıtlamaları kaldırdım. Neye karşı savaştığımızı gördünüz. İnsan hayvanlarla (*human animals*) savaşıyoruz. Bu Gazze’nin İŞİD’idir. İşte biz buna karşı savaşıyoruz. Gazze eskisi gibi olmayacak. Hamas diye bir şey olmayacak. Her şeyi ortadan kaldıracamız. Bir gün sürmezse, bir hafta sürer, haftalar hatta aylar sürer, her yere ulaşacağız.”

12 Ekim 2023 tarihinde İsrail Cumhurbaşkanı Isaac Herzog, Gazze’ye atıfta bulunarak şunları söylemiştir:

“Askeri olarak uluslararası hukuk kurallarına göre çalışıyoruz, faaliyet gösteriyoruz. Şurası kesin; orada sorumlu olan bütün bir ulustur. Sivillerin farkında olmadığı, müdahil olmadığı söylemi doğru değil. Kesinlikle doğru değil. Ayaklanabilirlerdi. Bir darbeyle Gazze’yi ele geçiren o şeytani rejime karşı savaşabilirlerdi. Ama biz savaştayız. Savaştayız. Savaştayız. Evlerimizi

savunuyoruz. Evlerimizi koruyoruz. Gerçek bu. Ve bir ulus evini koruduğunda savaşı. Ve biz de onların omurgasını kırana kadar savaşaacağız.”

13 Ekim 2023 tarihinde, dönemin İsrail Enerji ve Altyapı Bakanı Israel Katz X (eski adıyla Twitter) üzerinden yaptığı açıklamada şunları söylemiştir:

“Terör örgütü Hamas’la savaşaacağız ve onu yok edeceğiz. Gazze’deki tüm sivil nüfusa derhal bölgeyi terk etmeleri emredildi. Biz kazanacağız. Dünyayı terk edene kadar bir damla su ya da tek bir pil bile alamayacaklar.”

53. Mahkeme ayrıca, 37 Özel Raportör, Bağımsız Uzman ve Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Konseyi Özel Prosedürlerinin bir parçası olan Çalışma Gruplarının üyelerinin 16 Kasım 2023 tarihinde yayınladıkları ve “üst düzey İsraili hükümet yetkililerinden gelen fark edilir derecede soykırımcı ve gayri insanî (*dehumanizing*) söylemler” konusunda endişelerini dile getirdikleri basın açıklamasını da dikkate almaktadır. Ayrıca, 27 Ekim 2023 tarihinde, Birleşmiş Milletler Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılması Komitesi, “7 Ekim’den bu yana Filistinlilere yönelik ırkçı nefret söylemi ve gayri insanî (*dehumanization*) eylemlerindeki keskin artıştan büyük endişe duyduğunu” belirtmiştir.

54. Mahkemeye göre, yukarıda belirtilen olgular ve koşullar, Güney Afrika’nın ileri sürdüğü ve koruma istediği hakların en azından bazılarının makul olduğu sonucuna varmak için yeterlidir. Bu durum, Gazze’deki Filistinlilerin soykırım eylemlerinden ve Madde III’te tanımlanan ilgili yasak eylemlerden korunma hakkı ve Güney Afrika’nın İsrail’in Sözleşme kapsamındaki yükümlülüklerine uymasını isteme hakkı açısından geçerlidir.

55. Mahkeme şimdi Güney Afrika tarafından iddia edilen makul haklar ile talep edilen geçici tedbirler arasındaki bağlantı koşuluna dönmektedir.

* *

56. Güney Afrika, korunmasını talep ettiği haklar ile talep ettiği geçici tedbirler arasında bir bağlantı olduğunu düşünmektedir. Özellikle, ilk altı geçici tedbirin İsrail’in Soykırım Sözleşmesi kapsamındaki yükümlülüklerine uymasını sağlamak için talep edildiğini, son üç tedbirin ise Mahkeme önündeki yargılamanın bütünlüğünü ve Güney Afrika’nın iddialarının adil bir şekilde karara bağlanması hakkını korumayı amaçladığını iddia etmektedir.

* *

57. İsrail, talep edilen tedbirlerin geçici olarak hakları korumak için gerekli olanın ötesine geçtiğini ve bu nedenle korunmak istenen haklarla hiçbir bağlantısı olmadığını düşünmektedir. Davalı, diğerlerinin yanı sıra, Güney Afrika tarafından talep edilen birinci ve ikinci tedbirlerin (bakınız yukarıdaki 11. paragraf) verilmesinin Mahkeme'nin içtihadını tersine çevireceğini, çünkü bu tedbirlerin "Soykırım Sözleşmesi uyarınca yargı yetkisinin kullanılmasında bir karara temel oluşturamayacak bir hakkın korunması için" olacağını iddia etmektedir.

* *

58. Mahkeme, Güney Afrika'nın Soykırım Sözleşmesi uyarınca ileri sürdüğü hakların en azından bir kısmının makul olduğunu zaten tespit etmiştir (bakınız yukarıdaki 54. paragraf).

59. Mahkeme, Güney Afrika tarafından talep edilen geçici tedbirlerin en azından bir kısmının, doğası gereği, mevcut davada Soykırım Sözleşmesi temelinde ileri sürdüğü makul hakları, yani Gazze'deki Filistinlilerin soykırım eylemlerinden ve Madde III'te belirtilen ilgili yasak eylemlerden korunma hakkı ile Güney Afrika'nın İsrail'in Sözleşme kapsamındaki yükümlülüklerine uymasını isteme hakkını korumayı amaçladığını düşünmektedir. Dolayısıyla, Güney Afrika tarafından iddia edilen ve Mahkeme tarafından makul bulunan haklar ile talep edilen geçici tedbirlerin en azından bir kısmı arasında bir bağlantı bulunmaktadır.

V. TELAFİSİ MÜMKÜN OLMAYAN ZARAR RİSKİ VE İVEDİLİK

60. Mahkeme, Statüsünün 41. maddesi uyarınca, adli takibata konu olan haklara telafisi mümkün olmayan zararlar verilebileceği veya bu hakların göz ardı edildiği iddiasının telafisi mümkün olmayan sonuçlar doğurabileceği durumlarda geçici tedbirleri belirtme yetkisine sahiptir (bakınız, örneğin, *Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi kapsamında Soykırım İddiaları (Ukrayna v. Rusya Federasyonu), Geçici Tedbirler, 16 Mart 2022 tarihli Karar, I.C.J. Raporları 2022 (I), s. 226, para. 65.*

61. Bununla birlikte, Mahkeme'nin geçici tedbirleri belirtme yetkisi, ancak Mahkeme nihai kararını vermeden önce talep edilen haklara telafisi mümkün olmayan bir zarar gelmesine ilişkin gerçek ve yakın bir risk olması anlamında aciliyet olması halinde kullanılacaktır. İvedilik koşulu, Mahkeme dava hakkında nihai bir karar vermeden önce, telafisi mümkün olmayan bir zarara yol açabilecek eylemlerin "her an gerçekleşebileceği" durumlarda

oluşmaktadır (*Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi kapsamında Soykırım İddiaları (Ukrayna v. Rusya Federasyonu), Geçici Tedbirler, 16 Mart 2022 tarihli Karar, I.C.J. Reports 2022 (I), s. 227, para. 66*). Bu nedenle Mahkeme, yargılamanın bu aşamasında böyle bir riskin mevcut olup olmadığını değerlendirmelidir.

62. Mahkeme'den, geçici tedbirlerin belirtilmesi talebine ilişkin kararında, Soykırım Sözleşmesi kapsamındaki yükümlülüklerin ihlallerinin varlığını tespit etmesi değil, koşulların, soykırım için söz konusu belge kapsamındaki hakların korunması geçici tedbirlerin belirtilmesini gerektirip gerektirmediğine karar vermesi istenmektedir. Daha önce de belirtildiği üzere, Mahkeme bu aşamada olgulara ilişkin kesin tespitlerde bulunamaz (bakınız yukarıdaki 30. paragraf) ve Taraflardan her birinin esasa ilişkin argüman sunma hakkı, Mahkeme'nin geçici tedbirlerin belirlenmesi talebine ilişkin kararından etkilenmez.

* *

63. Güney Afrika, Gazze'deki Filistinlilerin haklarına ve Soykırım Sözleşmesi kapsamındaki kendi haklarına telafisi mümkün olmayan bir zarar gelme yönünde açık bir risk bulunduğunu; insan hayatına veya diğer temel haklara yönelik ciddi risklerin ortaya çıktığı durumlarda telafisi mümkün olmayan zarar kriterinin karşılandığını Mahkemenin daha önce birçok kez karara bağladığını ileri sürmektedir. Başvurucuya göre, her gün ortalama 247 Filistinlinin öldürülmesi, 629 Filistinlinin yaralanması ve 3.900 Filistinlinin evinin hasar görmesi veya yıkılması gibi günlük istatistikler, aciliyetin ve telafisi mümkün olmayan önyargı riskinin açık bir kanıtıdır. Dahası, Güney Afrika'ya göre Gazze Şeridi'ndeki Filistinliler,

“İsrail'in devam eden kuşatması, Filistin kasabalarının yıkılması, Filistin halkına yeterli yardımın ulaştırılamaması ve bombalar düşerken bu sınırlı yardımın dağıtılmasının imkânsızlığı nedeniyle açlık, susuzluk ve hastalık nedeniyle yakın ölüm riski altındadır”.

Başvurucu ayrıca, İsrail'in Gazze'ye insani yardım erişimini artırmasının geçici tedbir talebine yanıt olmayacağını iddia etmektedir. Güney Afrika, “[İsrail'in] Soykırım Sözleşmesi ihlallerinin kontrolsüz kalması halinde”, yargılamanın esas aşaması için delil toplama ve muhafaza etme fırsatının tamamen kaybedilmese bile ciddi şekilde baltalanacağını eklemektedir.

64. İsrail, mevcut davada telafisi mümkün olmayan gerçek ve yakın bir zarar riski bulunduğunu reddetmektedir. Özellikle Gazze'deki Filistinli sivillerin var olma hakkını tanımaya ve sağlamaya yönelik somut tedbirler aldığı ve almaya devam ettiğini ve Gazze Şeridi genelinde insani yardım sağlanmasını kolaylaştırdığını iddia etmektedir. Bu bağlamda, Davalı, Dünya Gıda Programı'nın yardımıyla, günde 2 milyondan fazla ekmek üretme kapasitesine sahip bir düzine fırının yakın zamanda yeniden açıldığını belirtmektedir. İsrail ayrıca Gazze'ye iki boru hattıyla kendi suyunu sağlamaya devam ettiğini, büyük miktarlarda şişelenmiş su dağıtımını kolaylaştırdığını, su altyapısını onardığını ve genişlettiğini iddia etmektedir. Ayrıca tıbbi malzeme ve hizmetlere erişimin arttığını belirtmekte ve özellikle altı sahra hastanesi ile iki yüzer hastanenin kurulmasını kolaylaştırdığını ve iki hastanenin daha inşa edilmekte olduğunu ileri sürmektedir. Ayrıca sağlık ekiplerinin Gazze'ye girişinin kolaylaştırıldığını ve hasta ve yaralıların Refah sınır kapısından tahliye edildiğini iddia etmektedir. İsrail'e göre çadırlar ve kışlık ekipmanlar da dağıtılmıştır ve yakıt ve pişirme gazı sevkiyatı kolaylaştırılmıştır. İsrail ayrıca, Savunma Bakanı tarafından 7 Ocak 2024 tarihinde yapılan açıklamaya göre, çatışmaların kapsamının ve yoğunluğunun azaldığını belirtmektedir.

* *

65. Mahkeme, Genel Kurul'un 11 Aralık 1946 tarihli 96 (I) sayılı kararında vurgulanan şu ifadeleri hatırlatmaktadır:

“cinayet tek tek insanların yaşama hakkının inkârı olduğu gibi, soykırım da insan gruplarının bir bütün olarak var olma hakkının inkârıdır; var olma hakkının bu şekilde inkârı insanlığın vicdanını sarsar, bu insan gruplarının temsil ettiği kültürel ve diğer katkılar bakımından insanlık için büyük kayıplara yol açar ve ahlak yasasına, Birleşmiş Milletler'in ruhuna ve amaçlarına aykırıdır”.

Mahkeme, özellikle, Soykırım Sözleşmesi'nin “tamamen insani ve uygarlaştırıcı bir amaç için kabul edildiğini” gözlemlemiştir, çünkü “onun amacı bir yandan belirli insan gruplarının varlığını korumak, diğer yandan da en temel ahlak ilkelerini teyit etmek ve onaylamaktır” (*Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi'ne Çekinceler, Danışma Görüşü, I.C.J. Raporları 1951*, s. 23).

66. Soykırım Sözleşmesi tarafından korunmaya çalışılan temel değerler ışığında Mahkeme, bu davalarda söz konusu olan makul hakların, yani Gazze Şeridi'ndeki Filistinlilerin Soykırım Sözleşmesi'nin III. maddesinde

tanımlanan soykırım eylemlerinden ve ilgili yasak eylemlerden korunma hakkı ve Güney Afrika'nın İsrail'in Sözleşme kapsamındaki yükümlülüklerine uymasını isteme hakkının telafisi mümkün olmayan zararlara yol açabilecek nitelikte olduğunu düşünmektedir (bakınız *Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılmasına İlişkin Sözleşme'nin Uygulanması (Gambiya v. Myanmar), Geçici Tedbirler, 23 Ocak 2020 tarihli Karar, I.C.J. Raporları 2020, s. 26, para. 70*).

67. Devam eden çatışma sırasında, üst düzey Birleşmiş Milletler yetkilileri Gazze Şeridi'ndeki koşulların daha da kötüleşmesi riskine defalarca dikkat çekmiştir. Mahkeme, örneğin, Birleşmiş Milletler Genel Sekreteri'nin aşağıdaki bilgileri Güvenlik Konseyi'nin dikkatine sunduğu 6 Aralık 2023 tarihli mektubu not etmektedir:

“Gazze'deki sağlık sistemi çöküyor. ...

Gazze'de hiçbir yer güvenli değil.

İsrail Savunma Kuvvetleri'nin sürekli bombardımanı altında, barınaksız ve hayatta kalmak için gerekli temel ihtiyaçlardan yoksun olan Gazze'de, çaresiz koşullar nedeniyle kamu düzeninin yakında tamamen bozulacağını ve sınırlı insani yardımın bile imkansız hale geleceğini tahmin ediyorum. Salgın hastalıklar ve komşu ülkelere kitlesel göç baskısının artması da dahil olmak üzere daha da kötü bir durum ortaya çıkabilir.

.....

İnsani yardım sisteminin çökmesi gibi ciddi bir riskle karşı karşıyayız. Durum hızla kötüleşerek bir felakete dönüşüyor ve bunun hem Filistinlilerin geneli hem de bölgedeki barış ve güvenlik açısından geri dönüşü olmayan sonuçları olabilir. Böyle bir sonuçtan her ne pahasına olursa olsun kaçınılmalıdır.” (Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi, doc. S/2023/962, 6 Aralık 2023.)

68. 5 Ocak 2024 tarihinde Genel Sekreter Güvenlik Konseyi'ne bir mektup daha yazarak Gazze Şeridi'ndeki durumla ilgili bir güncelleme sunmuş ve “yıkıcı düzeyde ölüm ve yıkımın devam ettiğini gözlemlemiştir” (Genel Sekreter'in Güvenlik Konseyi Başkanı'na hitaben yazdığı 5 Ocak 2024 tarihli mektup, Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi, doc. S/2024/26, 8 Ocak 2024).

69. Mahkeme ayrıca, UNRWA Genel Komiseri'nin Gazze'deki mevcut çatışmanın başlangıcından bu yana Gazze Şeridi'ne yaptığı dördüncü ziyaretten döndükten sonra yayınladığı 17 Ocak 2024 tarihli açıklamayı da dikkate almaktadır: “Gazze’yi her ziyaret ettiğimde, insanların nasıl umutsuzluğa daha da gömüldüğüne ve hayatta kalma mücadelesinin her saati tükettiğine tanık oluyorum.” (UNRWA, “Gazze Şeridi: ölüm, bitkinlik ve umutsuzluk arasında günlük hayatta kalma mücadelesi”, UNRWA Genel Komiseri Philippe Lazzarini'nin açıklaması, 17 Ocak 2024).

70. Mahkeme, Gazze Şeridi'ndeki sivil nüfusun son derece savunmasız olduğunu düşünmektedir. İsrail tarafından 7 Ekim 2023 tarihinden sonra yürütülen askeri operasyonun, diğerlerinin yanı sıra, on binlerce ölüm ve yaralanmaya, evlerin, okulların, tıbbi tesislerin ve diğer hayati altyapının tahrip edilmesine ve büyük ölçekte yerinden edilmeye neden olduğunu hatırlatmaktadır (bakınız yukarıdaki 46. paragraf). Mahkeme, operasyonun devam ettiğini ve İsrail Başbakanı'nın 18 Ocak 2024 tarihinde savaşın “daha uzun aylar süreceğini” açıkladığını not etmektedir. Halihazırda, Gazze Şeridi'ndeki birçok Filistinlinin en temel gıda maddelerine, içme suyuna, elektriğe, temel ilaçlara veya ısınmaya erişimi yoktur.

71. WHO, Gazze Şeridi'nde doğum yapan kadınların yüzde 15'inin komplikasyon yaşayacağını tahmin etmekte ve tıbbi bakıma erişimin olmaması nedeniyle anne ve yeni doğan ölüm oranlarının artmasının beklendiğini belirtmektedir.

72. Bu koşullar altında Mahkeme, Gazze Şeridi'ndeki feci insani durumun, nihai karar verilene kadar daha da kötüye gitme riskinin ciddi olduğunu düşünmektedir.

73. Mahkeme, İsrail'in Gazze Şeridi'ndeki nüfusun karşı karşıya kaldığı koşulları çözüme kavuşturmak ve hafifletmek için bazı adımlar attığı yönündeki açıklamasını dikkate almaktadır. Mahkeme ayrıca, İsrail Başsavcısı'nın yakın zamanda sivillere kasıtlı olarak zarar verme çağrısının, kışkırtma da dahil olmak üzere cezai bir suç teşkil edebileceğini ve bu tür bazı davaların İsrail kolluk kuvvetleri tarafından incelendiğini belirttiğini not etmektedir. Bu gibi adımlar teşvik edilmekle birlikte, nihai karar verilene kadar telafisi mümkün olmayan bir zararın ortaya çıkma riskini ortadan kaldırmak için yeterli değildir.

74. Yukarıda belirtilen hususlar ışığında Mahkeme, nihai karar verilene kadar makul olduğu tespit edilen haklara telafisi mümkün olmayan bir zarar gelme riskinin gerçek ve yakın olması anlamında aciliyet olduğu kanaatinde.

IV. ALINMASI GEREKEN TEDBİRLER VE SONUÇ

75. Mahkeme, yukarıdaki hususlara dayanarak, geçici tedbirleri belirtmesi için Statüsü'nün gerektirdiği koşulların oluştuğu sonucuna varmıştır. Bu nedenle, nihai kararını verene kadar, Mahkeme'nin Güney Afrika tarafından iddia edilen ve Mahkeme'nin makul bulduğu hakların korunması için bazı tedbirlere işaret etmesi gerekmektedir (bakınız yukarıdaki 54. paragraf).

76. Mahkeme, Statüsü uyarınca, geçici tedbir talebinde bulunulduğunda, talep edilenlerden tamamen veya kısmen farklı tedbirler belirtme yetkisine sahip olduğunu hatırlatır. Mahkeme İç Tüzüğü'nün 75. maddesinin 2. paragrafı Mahkeme'nin bu yetkisine özellikle atıfta bulunmaktadır. Mahkeme bu yetkisini geçmişte birçok kez kullanmıştır (bakınız, örneğin, *Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılmasına İlişkin Sözleşme'nin Uygulanması (Gambiya v. Myanmar), Geçici Tedbirler, 23 Ocak 2020 tarihli Karar; I.C.J. Raporları 2020, s. 28, para. 77).*

77. Mevcut davada, Güney Afrika tarafından talep edilen geçici tedbirlerin şartlarını ve davanın koşullarını göz önünde bulunduran Mahkeme, belirtilecek tedbirlerin talep edilenlerle aynı olması gerekmediğini tespit etmiştir.

78. Mahkeme, yukarıda açıklanan durumla ilgili olarak, İsrail'in, Soykırım Sözleşmesi kapsamındaki yükümlülüklerine uygun bir şekilde, Gazze'deki Filistinlilere yönelik bu Sözleşme'nin II. maddesi kapsamındaki tüm fiillerin işlenmesini önlemek için gücü dahilindeki tüm tedbirleri alması gerektiğini düşünmektedir. Bunlar: (a) grubun üyelerini öldürmek; (b) grubun üyelerine ciddi bedensel veya zihinsel zarar vermek; (c) grubun fiziksel olarak tamamen veya kısmen yok olmasına yol açacağı hesaplanan yaşam koşullarını gruba kasten uygulamak; ve (d) grup içinde doğumları önlemeye yönelik tedbirler uygulamak. Mahkeme, bu eylemlerin, bir grubu tamamen veya kısmen yok etme niyetiyle işlendiğinde Sözleşme'nin II. maddesi kapsamına girdiğini hatırlatır (bakınız yukarıdaki 44. paragraf). Mahkeme ayrıca İsrail'in, askeri güçlerinin yukarıda tanımlanan eylemlerden herhangi birini gerçekleştirmemesini derhal sağlaması gerektiğini mütalaa etmektedir.

79. Keza Mahkeme, İsrail'in Gazze Şeridi'ndeki Filistinli grup mensuplarına yönelik doğrudan ve aleni soykırım kışkırtıcılığını önlemek ve cezalandırmak için elinden gelen tüm tedbirleri almak zorunda olduğu görüşündedir.

80. Mahkeme ayrıca, İsrail'in Gazze Şeridi'ndeki Filistinlilerin karşı karşıya kaldığı olumsuz yaşam koşullarını çözüme kavuşturmak için acilen ihtiyaç duyulan temel hizmetlerin ve insani yardımın sağlanmasını mümkün kılacak acil ve etkili tedbirleri alması gerektiğini düşünmektedir.

81. İsrail ayrıca, Gazze Şeridi'ndeki Filistinli grup üyelerine karşı Soykırım Sözleşmesi'nin II. ve III. maddeleri kapsamındaki eylemlere ilişkin iddialarla ilgili delillerin yok edilmesini önlemek ve korunmasını sağlamak için etkili tedbirler almalıdır.

82. Kararın yerine getirilmesi için alınan tüm önlemler hakkında İsrail'in Mahkeme'ye bir rapor sunması yönünde Güney Afrika'nın talep ettiği geçici tedbirle ilgili olarak Mahkeme, Mahkeme İç Tüzüğü'nün 78. maddesi uyarınca, belirttiği geçici tedbirlerin uygulanmasıyla bağlantılı herhangi bir konuda taraflardan bilgi talep etme yetkisine sahip olduğunu hatırlatır. Mahkeme, belirtmeye karar verdiği belirli geçici tedbirleri göz önünde bulundurarak, bu kararın hayata geçirilmesi için alınan tüm önlemler hakkında, bu karar tarihinden itibaren bir ay içinde İsrail'in Mahkeme'ye bir rapor sunması gerektiğini değerlendirmektedir. Bu şekilde sunulacak rapor daha sonra Güney Afrika'ya iletilecek ve raporla ilgili görüşlerini Mahkeme'ye sunması için bu ülkeye fırsat verilecektir.

*

* *

83. Mahkeme, Statü'nün 41. maddesi uyarınca geçici tedbirlere ilişkin kararlarının bağlayıcı etkiye sahip olduğunu ve dolayısıyla geçici tedbirlerin muhatabı olan taraflar için uluslararası hukuki yükümlülükler doğurduğunu hatırlatır (*Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi Kapsamında Soykırım İddiaları (Ukrayna v. Rusya Federasyonu), Geçici Tedbirler, 16 Mart 2022 tarihli Karar, I.C.J. Raporları 2022 (I), s. 230, para. 84*).

*

* *

84. Mahkeme, mevcut yargılamada verilen kararın, Mahkeme'nin davanın esasıyla ilgilenme yetkisine veya başvurunun kabul edilebilirliğine ya da esasına ilişkin herhangi bir soruna hiçbir şekilde halel getirmediğini bir kez daha teyit eder. Bu karar Güney Afrika Cumhuriyeti ve İsrail Devleti Hükümetlerinin bu sorulara ilişkin argüman sunma hakkını etkilememektedir.

*

* *

85. Mahkeme, Gazze Şeridi'ndeki çatışmanın tüm taraflarının uluslararası insancıl hukukla bağlı olduğunu vurgulamayı gerekli görmektedir. Mahkeme, 7 Ekim 2023 tarihinde İsrail'e yapılan saldırı sırasında kaçırılan ve o tarihten bu yana Hamas ve diğer silahlı gruplar tarafından tutulan rehinelere akıbeti konusunda ciddi endişe duymakta ve bu kişilerin derhal ve koşulsuz olarak serbest bırakılması çağrısında bulunmaktadır.

*

* *

86. Bu nedenlerle,

MAHKEME,

Aşağıdaki geçici tedbirleri *belirtir*:

(1) İkiye karşı on beş oyla,

İsrail Devleti, Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi kapsamındaki yükümlülükleri çerçevesinde, Gazze'deki Filistinlilerle ilgili olarak, bu Sözleşmenin II. maddesi kapsamına giren tüm fiillerin işlenmesini önlemek için gücü dahilindeki tüm tedbirleri alacaktır, özellikle:

(a) grup üyelerinin öldürülmesi;

(b) grup üyelerine ciddi bedensel veya zihinsel zarar verilmesi;

(c) grubun fiziksel olarak tamamen veya kısmen yok olmasına yol açması hesaplanan yaşam koşullarının kasıtlı olarak gruba uygulanması; ve

(d) grup içinde doğumları önlemeye yönelik tedbirlerin uygulanması;

LEHTE: *Başkan Donoghue; Başkan Yardımcısı Gevorgian; Yargıçlar Tomka, Abraham, Bennouna, Yusuf, Xue, Bhandari, Robinson, Salam, Iwasawa, Nolte, Charlesworth, Brant; Yargıç ad hoc Moseneke;*

ALEYHTE: *Yargıç Sebutinde; Yargıç ad hoc Barak;*

(2) İkiye karşı on beş oyla,

İsrail Devleti, ordusunun yukarıdaki 1. maddede belirtilen eylemleri gerçekleştirmemesini derhal sağlayacaktır;

LEHTE: *Başkan Donoghue; Başkan Yardımcısı Gevorgian; Yargıçlar Tomka, Abraham, Bennouna, Yusuf, Xue, Bhandari, Robinson, Salam, Iwasawa, Nolte, Charlesworth, Brant; Yargıç ad hoc Moseneke;*

ALEYHTE: *Yargıç Sebutinde; Yargıç ad hoc Barak;*

(3) Bire karşı on altı oyla,

İsrail Devleti, Gazze Şeridi'ndeki Filistinli grup mensuplarına yönelik doğrudan ve aleni soykırım kışkırtıcılığını önlemek ve cezalandırmak için elinden gelen tüm tedbirleri almalıdır;

LEHTE: *Başkan Donoghue; Başkan Yardımcısı Gevorgian; Yargıçlar Tomka, Abraham, Bennouna, Yusuf, Xue, Bhandari, Robinson, Salam, Iwasawa, Nolte, Charlesworth, Brant; Yargıçlar ad hoc Barak, Moseneke;*

ALEYHTE: *Yargıç Sebutinde;*

(4) Bire karşı on altı oyla,

İsrail Devleti, Gazze Şeridi'ndeki Filistinlilerin karşı karşıya kaldığı olumsuz yaşam koşullarının giderilmesi için acilen ihtiyaç duyulan temel hizmetlerin ve insani yardımın sağlanmasını mümkün kılacak acil ve etkili tedbirleri almalıdır;

LEHTE: *Başkan Donoghue; Başkan Yardımcısı Gevorgian; Yargıçlar Tomka, Abraham, Bennouna, Yusuf, Xue, Bhandari, Robinson, Salam, Iwasawa, Nolte, Charlesworth, Brant; Yargıçlar ad hoc Barak, Moseneke;*

ALEYHTE: *Yargıç Sebutinde;*

(5) İkiye karşı on beş oyla,

İsrail Devleti, Gazze Şeridi'ndeki Filistinli grup üyelerine karşı Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi'nin II. ve III. maddeleri kapsamındaki eylem iddialarıyla ilgili delillerin yok edilmesini önlemek ve korunmasını sağlamak için etkili tedbirler alacaktır;

LEHTE: *Başkan Donoghue; Başkan Yardımcısı Gevorgian; Yargıçlar Tomka, Abraham, Bennouna, Yusuf, Xue, Bhandari, Robinson, Salam, Iwasawa, Nolte, Charlesworth, Brant; Yargıç ad hoc Moseneke;*

ALEYHTE: *Yargıç Sebutinde; Yargıç ad hoc Barak;*

(6) İkiye karşı on beş oyla,

İsrail Devleti, bu Kararın yürürlüğe girmesinden itibaren bir ay içinde, bu Kararı uygulamak için alınan tüm tedbirler hakkında Mahkeme'ye bir

rapor sunacaktır,

LEHTE: *Başkan* Donoghue; *Başkan Yardımcısı* Gevorgian; *Yargıçlar* Tomka, Abraham, Bennouna, Yusuf, Xue, Bhandari, Robinson, Salam, Iwasawa, Nolte, Charlesworth, Brant; *Yargıç* ad hoc Moseneke;

ALEYHTE: *Yargıç* Sebutinde; *Yargıç* ad hoc Barak.

İngilizce ve Fransızca olarak, İngilizce metin geçerli olmak üzere, Lahey'deki Barış Sarayı'nda, Ocak ayının bu yirmi altıncı günü, iki bin yirmi dört, üç nüsha halinde, biri Mahkeme arşivine konulmak ve diğerleri sırasıyla Güney Afrika Cumhuriyeti Hükümeti ve İsrail Devleti Hükümeti'ne iletilmek üzere düzenlenmiştir.

(*İmzalandı*) Joan E. DONOGHUE,

Başkan.

(*İmzalandı*) Philippe GAUTIER,

Yazı İşleri Müdürü.

Yargıç XUE Mahkeme Kararına bir beyan eklemiştir; Yargıç SEBUTINDE Mahkeme Kararına bir muhalefet şerhi eklemiştir; Yargıçlar BHANDARI ve NOLTE Mahkeme Kararına beyan eklemiştir; Yargıç *ad hoc* BARAK Mahkeme Kararına ayrı bir görüş eklemiştir.

(*Parafe edildi*) J.E.D

(*Parafe edildi*) Ph.G.